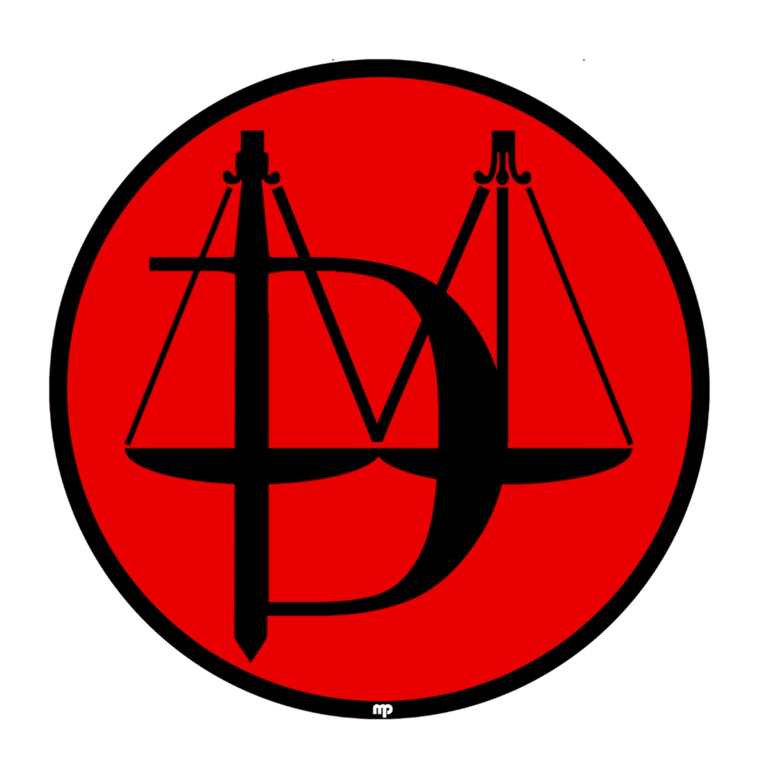
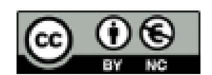


FILOSOFÍA DEL DERECHO

Apuntes redactados por M. Dcho. Curso 2017/2018.

DESCRIPCIÓN BREVE



En la elaboración de mis apuntes tengo por costumbre emplear la edición más actual de la bibliografía recomendada en las guías de estudio y de las disposiciones normativas vigentes. Pero, ¿por qué no estudio por los libros? Porque en los años que llevo estudiando por la UNED, salvando algunos libros de los recomendados que son verdaderamente buenos, una gran mayoría no está a la altura de lo que se espera por el precio que se paga por ellos, entre otras cosas por la falta de una narración expositora clara, interminables divagaciones a los efectos de aumentar el número de páginas, numerosas erratas gramaticales, ortográficas e incluso en las citas jurídicas, etc. Además, en ocasiones, parece como si existiera un interés subyacente en publicar cuantas más reediciones del libro mejor, aunque solo se modifique un 1% del mismo (vicisitud esta que con una fe de erratas quedaría solventada).

Por esos motivos estudio por mis propios apuntes. Intento que sean lo más claros, resumidos y correctos posible sin obviar nada importante que pudiera ser objeto de examen. No obstante, como toda interpretación subjetiva, tanto en estos como en cualesquiera otros, puede conllevar la exclusión desafortunada de materia de examen. ¡Es el riesgo de estudiar por apuntes!

Finalmente, el uso de la licencia Creative Commons anteriormente expuesta tiene una sencilla razón de existencia: poder seguir la pista a mis apuntes. ¿Por qué? Porque, personalmente, entiendo que, en Derecho, como en muchos otros estudios, no basta con adquirir unos conocimientos para aprobar una asignatura y pasar página, sino que hay que estar actualizando los conocimientos constantemente. Así, tener conocimiento de reediciones posteriores que se hagan de los mismos, me permite seguir beneficiándome en el futuro del trabajo y del esfuerzo que un día puse desinteresadamente a disposición de todo el que estuviera interesado.

¡Ánimo, sé constante y suerte en los exámenes!

PREGUNTAS FRECUENTES

Si encuentro una errata en los apuntes, ¿dónde puedo comunicarlo?

En https://www.facebook.com/ApuntesMD

Gracias.

Si sale una edición más reciente de la bibliografía básica recomendada o, con el cambio de curso, han modificado la relación de epígrafes objeto de examen, ¿puedo actualizarlos o completarlos?

Claro que sí.

No olvides compartirlos en https://www.facebook.com/ApuntesMD para que todos tengamos la versión más reciente. Todos salimos ganando.

Me han resultado útiles los apuntes. ¿Puedo agradecerlo de alguna manera?

Claro.

Deja un comentario en la página https://www.facebook.com/ApuntesMD

Siempre sienta bien recibir un cumplido.



ÍNDICE

FILOSOFÍA DEL DERECHO

BLOQUE I: FUNDAMENTACIÓN DE LA ONTOLOGÍA JURÍDICA

BLOQUE II: LOS ELEMENTOS FUNDAMENTALES DE LA DISCUSIÓN AXIOLÓGICA CONTEMPORÁNEA

BLOQUE III: CUESTIONES Y POLÉMICAS ACTUALES EN FILOSOFÍA DEL DERECHO Y FILOSOFÍA POLÍTICA



LECCIÓN 1

INTRODUCCIÓN. LOS DOS PLANOS DEL SABER: EL PLANO ONTOLÓGICO Y EL PLANO EPISTEMOLÓGICO

ÍNDICE

1. PRELIMINARES

Una **organización de los saberes** se articula sobre los siguientes **criterios**:

- **Los aspectos teoréticos no son separables de los éticos**: todo saber propio de una cosa, además, un comportamiento humano.
- **Todo saber se refiere a una realidad**: el saber va dirigido hacia el ser de su objeto, sin que pueda quedar éste reducido al método empleado para conocerlo.

2. LOS DISTINTOS PLANOS DEL DISCURSO: ONTOLÓGICO, LÓGICO Y EPISTEMOLÓGICO

Los distintos **planos del discurso** son:

- **Plano ontológico**: ¿qué es la cosa?
  - Saber metafísico u ontológico cuya **cuestión principal**: **el ser de las cosas**, con todos los aspectos que lo conforman comprendidos conjunta y universalmente.
  - La pregunta ontológica es la más global al implicar todos los aspectos o modos de la cosa a analizar, siempre y cuando éstos puedan ser dichos en el lenguaje.
- **Plano lógico**: **definir** (**delimitar**) la cosa con respecto de las otras cosas.
  - **Instrumento** del plano ontológico para articular conceptual y lingüísticamente el saber metafísico para **dar una respuesta efectiva** a las cuestiones planteadas.
- **Plano epistemológico**: las **lógicas materiales** (**criterios**).
  - Aplicaciones de la lógica a los distintos objetos o campos.

3. LOS PLANOS DEL DISCURSO EN EL ÁMBITO JURÍDICO



¿Qué es propiamente el derecho? El **derecho** implica siempre una **relación entre seres o cosas**. Este carácter relacional impide considerarlo como algo absolutamente individual e independiente de lo demás y, por tanto, susceptible de ser definido en sentido propio.

Las diferentes **concepciones del derecho** (como **norma**, **hecho social** o **valor**) son ciertas. Sin embargo, el problema consiste en determinar si dicha certeza es exclusiva o incompatible con las demás. Por tanto, **¿en qué plano del saber son ciertas?**

4. ¿CABE PRIMAR UN PLANO DEL DISCURSO JURÍDICO SOBRE LOS DEMÁS? LA TESIS DE REALE

Respondiendo a la pregunta anterior (¿en qué plano del saber son ciertas las diferentes concepciones del derecho?), caben tres opciones:

- **La primacía del plano ontológico**. Si el derecho **fuera ontológicamente** (norma, hecho social o valor moral), al elegir de manera exclusiva y excluyente uno solo de esos aspectos, **los restantes** constituirían **meras participaciones** del primero (meros aspectos concretos del primer aspecto).
- **La primacía del plano lógico**. Si la **delimitación del derecho** se hace definiendo su objeto, cabrá tantas definiciones como criterios epistemológicos se empleen, todas ellas con carácter principal.
- **La tesis de M. Reale**: la **suma** de los **tres** sentidos/aspectos/**factores del derecho** (hecho, valor y norma), coexistiendo en una **unidad concreta**.
    - No siendo ninguno de estos factores la esencia o sustancia del derecho (lo que es propiamente), la única sustancia posible es la **suma de todos ellos**.
    - **Problema**: la adición de algo consiste en el añadido de un accidente/participación, que no es sustancia principal (el verdadero objeto del saber ontológico/metafísico). Por lo tanto, la tesis de M. Reale **no permite responder a la pregunta ontológica**.

5. LÓGICA UNÍVOCA Y LÓGICA ANALÓGICA

La **lógica** puede ser:

- **Lógica unívoca**: aquella que se articula con arreglo a un único sentido.
- **Lógica analógica**: aquella que se articula con arreglo a varios **sentidos** (***logoi***) en relación de semejanza entre sí. **Es la que articula el saber ontológico**.
    - Cada ***logoi*** es ontológicamente la cosa, desde su perspectiva epistemológica concreta y determinada.

Dicho lo anterior, concluimos que, si queremos responder a la cuestión **¿qué es el Derecho?**, debemos acudir a los diversos sentidos (**lógica analógica**) que se éste se le puedan atribuir: siendo Derecho todos ellos, pero cada uno según una perspectiva epistemológica propia.

Para distinguir entre el plano ontológico (lo que es Derecho) y el plano epistemológico (los diversos sentidos), por la complejidad de la cuestión, se acude a diversas **reducciones**:

- **Reducción de tipo ontológico**: concepción del derecho anterior a todos los demás sentidos.



 - Se le otorga preferencia absoluta al **plano ontológico**.
 - Al no poderse conocer con arreglo a ningún sentido, el Derecho queda reducido a una especie de **sentimiento interno de justicia**.
 - Reducción propia de las concepciones irracionalistas, emotivistas o no cognitivistas del derecho.
- **Reducción de tipo epistemológico**: atribución del plano ontológico (ser real) a uno de los sentidos atribuibles (*logoi*).
 - Uno de los sentidos posibles se convierte en el ser real del Derecho.
 - Reducción propia de las concepciones normativas, sociológicas o axiológicas del Derecho.
- **Reducción del plano ontológico** (ser real del Derecho) **a la suma de todos los *logoi*** (sentidos posibles): consiste en un **logicismo**, por el cual, el ámbito del decir suplanta absolutamente al ontológico.
 - Los diversos sentidos atribuibles **no** encuentran un **sustrato material real** como referencia.
 - **Problema**: el Derecho es una cosa, por lo que nuestras concepciones sólo tienen sentido por referencia a ella, no pudiendo dejarla reducida a un mero artificio teórico sin engarce alguno con lo real.

Conclusión: no es conveniente emplear reducciones que impidan **distinguir** lo que es propiamente el Derecho (**plano ontológico**) de los diferentes sentidos que se le pueden atribuir (**plano epistemológico**). Así, cabe concebir el **Derecho** como **una unidad real** (ontológica) y a los diversos **sentidos** de tal realidad como los **modos específicos de conocerlo**, siendo todos ellos propia y totalmente Derecho

6. REDUCCIONES DE TIPO LÓGICO, ONTOLÓGICO Y CRÍTICO

Recordatorio: los planos del saber:

- **Plano ontológico**: ¿qué es el Derecho?
- **Plano epistemológico** (crítico): ¿cómo puede ser conocido el Derecho y bajo qué criterios lo conocemos?
- **Plano lógico**: permite articular ambos extremos.

La confusión entre estos planos ha supuesto el nacimiento de **reducciones** y **superposiciones**. Un **reduccionismo** es la absorción o anulación de las distintas perspectivas por una de ellas, convirtiendo el discurso filosófico sobre el derecho en unívoco y considerando lo real de manera plana con total olvido de su complejidad esencial (las reducciones del derecho frecuentes son: a norma, a valor, a hecho, e incluso a la suma de los tres).

- **Reducción del plano ontológico a los planos epistemológico y lógico: Derecho realmente** (ontológicamente) **uno**, **pero epistemológicamente** (críticamente) **múltiple**.
 - El Derecho **no es realmente múltiple**, aunque sea conocido de forma diversa, pues uno y otro plano del saber son totalmente distintos.
 - **Sustrato material del Derecho**: aquél que no puede ser obviado por teorización alguna, viene conformado por una relación entre dos personas o entre éstas y bienes. Elementos que serán los **mismos en ambos planos**.
 - **Forma específica** de los **objetos**, que varía según:



        - **Plano ontológico**: el **ser real del Derecho** (objeto) viene dada por la relación entre sus términos materiales.
        - **Plano epistemológico**: el **ser conocido del Derecho** (objeto), es decir, una **forma conceptual** que:
            - Se fundamenta en el ser real (plano ontológico).
            - Variará en función del criterio epistemológico mediante el cual se conciba.
    - **Conclusión**: todos los criterios son válidos y explican de forma diversa lo que es el Derecho. Sin embargo, si saltamos del plano epistemológico al plano ontológico y supeditamos la realidad del Derecho a estos aspectos cognoscitivos y a los criterios utilizados para conocerlo; estamos desposeyendo al Derecho de su carácter real, convirtiéndolo en un **ser puramente de razón**, susceptible de ser sometido a todo tipo de artilugios lógicos sin sustento real que:
        - O funcionan paralelamente a lo real.
        - O suplen a lo real.
    - Reducción propia del **pensamiento jurídico contemporáneo**, que ha ido derivando hacia una comprensión del saber jurídico sustentada en el **dominio absoluto de la ley**: ausencia de distinción entre lo que es el derecho (plano ontológico) y lo que es la ley, como uno de sus sentidos (plano epistemológico).
- **Reducción de los planos epistemológico y lógico al plano ontológico**:
    - Separación del plano ontológico y del epistemológico como dos **realidades distintas**, conllevando al desarrollo de múltiples perspectivas de tipo ontológico del Derecho que tratan de concebirlo al margen de los diversos aspectos epistemológicos por los que podemos conocerlo.
    - **Derecho como una realidad anterior, pura y separada** de sus sentidos diversos.
    - **Conclusión**: Requiere la atribución de al menos un sentido para poder conocerlo, decir lo que es; por lo que dejaría de configurarse como esa pretendida realidad anterior, ya que, sin la aquella atribución, nada podríamos decir sobre lo que es el Derecho.
- **Reducción del plano ontológico al epistemológico y entre las diversas perspectivas del plano epistemológico**: la realidad del derecho es sólo una, y su perspectiva epistemológica es diversa, que configura pequeñas realidades que coexisten entre sí.
    - Se configura como una vía intermedia entre las dos reducciones anteriores.
    - El Derecho puede ser conocido, generalmente, por los siguientes **sentidos**: **normativo**, **social** y **moral**.
    - **Analogado principal**: de los sentidos anteriores, es aquel al que se le atribuye un carácter principal. Los demás constituyen meras participaciones (accidentes) de aquél.
    - **Conclusión**: los criterios únicamente sirven para inducir los diversos aspectos que constituyen lo que es el Derecho según el orden epistemológico elegido.



LECCIÓN 2

LA CIENCIA Y LA CIENCA JURÍDICA. LOS MODELOS DE CIENCIA JURÍDICA

ÍNDICE

1. CIENCIA Y FILOSOFÍA. SENTIDOS DEL TÉRMINO CIENCIA

- El **plano ontológico**: **filosofía**, metafísica…
    - Tiene por objeto el estudio de las cosas en tanto que tales.
- El **plano lógico**: lenguaje, lógica…
    - Tiene por objeto determinar las cosas mediante el lenguaje.
- El **plano epistemológico**: métodos de conocimiento, logoi, sentidos, criterios…
    - Es el plano de la reflexión en torno a las condiciones de posibilidad del conocimiento de una cosa (**patrones lógicos y metodológicos**). Es el plano propio de la **teoría del conocimiento** (epistemología).
    - **Ciencia** como método de conocimiento.

Así, en el resumen anterior, distinguimos los conceptos del epígrafe encuadrados en planos del discurso distintos:

- La **ciencia**.
    - No tiene por misión reflexionar sobre sus propios fundamentos.
    - Su **objeto** es **particular**.
- La **filosofía**.
    - Tiene por misión reflexionar sobre sus propios fundamentos.
    - Su **objeto** es **universal**. Es decir, comprende todos los objetos particulares y, por tanto, todos los conocimientos sobre tales objetos.

Conclusión: Si la filosofía comprende todos los conocimientos (y sus métodos), entre los que se encuentra el científico; puede definirse la **epistemología como la filosofía del conocimiento científico**.

La **clasificación de los sentidos del término conocimiento científico** (en adelante **ciencia**), diseñada por **Gustavo Bueno**, evidencia que hay varios modos de decir el término ciencia y que todos ellos tienen detrás un modelo epistemológico. La clasificación es la siguiente:

- **Ciencia como saber hacer**: la ciencia practicada como arte, técnica especial…



  - **Criterio**: La utilidad más inmediata, la resolución de problemas prácticos…
- **Ciencia como sistema de proposiciones derivadas de principios**: el sentido de la ciencia propio de la Edad Antigua y la Edad Media.
  - **Criterio**: tendencia sistemática a reducir todo a un determinado formato lógico a través de principios. Derivar unos conocimientos de otros y vincular todos ellos en torno a postulados comunes.
- **Ciencia en el sentido moderno**: es la ciencia en sentido propio (ciencia experimental, de laboratorio…).
  - **Criterio**: modelo experimental a todos los campos del conocimiento.
  - Es la **acepción** de ciencia **más fuerte** y la que se ha tomado como el **patrón metodológico** desde el que se enjuicia y valora toda forma de conocimiento.
- **Ciencia en el sentido contemporáneo**: es la ciencia en sentido impropio (ciencias humanas, sociales, culturales…).
  - **Criterio**: las clasificaciones académico-administrativas que parcelan el conocimiento en función de necesidades organizativas impuestas por el Estado.

<u>2. LA CIENCIA JURÍDICA Y SUS MODELOS. LOS SENTIDOS DEL TÉRMINO CIENCIA DEL DERECHO</u>

Los términos **ciencia jurídica** o **ciencia del derecho** son expresiones de gran ambigüedad y equivocidad, a los que a lo largo de la historia se les ha dado diversas y heterogéneas formulaciones. Tales formulaciones, siguiendo la clasificación de Gustavo Bueno, son:

- **Ciencia como saber hacer**:
  - La **iurisprudencia romana**: actividad sujeta a reglas que consiste en el saber hacer para resolver problemas.
- **Ciencia como sistema de proposiciones derivadas de principios**:
  - El **iusnaturalismo racionalista moderno**: basado en un conjunto de deducciones a partir de un principio no discutible.
- **Ciencia en el sentido moderno**:
  - **Ciencia del derecho**: pretensión de auténtica ciencia que trabaja con los conceptos extraídos de las normas jurídicas.
  - **Teoría pura del derecho**, de Kelsen, es el caso más extremo. Su pretensión era crear una ciencia jurídica cuyo patrón metodológico proviniera del de las ciencias naturales, libre de cualquier valoración moral.
  - **Principal problema**: los modelos metodológicos de las ciencias físico-naturales no son aplicables a las ciencias humanas, ya que estas recaen sobre objetos muy diferentes.
- **Ciencia en el sentido contemporáneo**:
  - **Ciencia jurídica** (**ideológico-administrativa**): considera científicos los contenidos impartidos en el ámbito académico de las facultades de derecho, por el hecho de que la autoridad académica los define como tales.



Todas estas **formulaciones de ciencia del derecho/jurídica**, pueden englobarse en los tres **reduccionismos** siguientes:

- **Subordinación del ser real del derecho al modo (científico) de conocerlo**: Reduccionismo de tipo epistemológico.
  - **Separación absoluta** entre los planos ontológico (lo que es el Derecho) y el epistemológico (el modo científico de conocerlo).
  - El **plano epistemológico prima sobre el plano ontológico**:
    - El **Derecho** se considera como una **materia sin forma** susceptible der moldeado por el científico del derecho.
    - **Derecho**: **material previo** sobre el que se construye la ciencia (modo de conocerlo).
- **Subordinación del modo de conocer el derecho a su ser real**: Reduccionismo de tipo ontológico.
  - **Separación absoluta** entre los planos ontológico (lo que es el Derecho) y el epistemológico (el modo científico de conocerlo).
  - El **plano ontológico prima sobre el plano epistemológico**:
    - El **Derecho es real y absolutamente**, al margen de los diversos criterios epistemológicos, en virtud de las cuales puede conocerse.
    - El **Derecho** es una **realidad anterior** y separada de todo conocimiento científico.
  - **Principal problema**: necesariamente hay que partir de algún criterio epistemológico para poder decir algo sobre esa supuesta realidad primigenia.
- **Distinción entre el plano del ser real (ontológico) y el del ser en tanto que conocido (epistemológico), cada uno en su orden propio**.
  - El **Derecho** es un **objeto completo** en el que caben diversos **planos epistemológicos**, dando lugar a diversas **formas de ciencia** (cada una de ellas en su ámbito específico).
  - En cada perspectiva (forma de ciencia) prima un **aspecto particular** de lo jurídico, debiéndose tomar todos esos aspectos **cada uno en su orden propio**.
  - La **auténtica comprensión del Derecho** no admite primar alguno de sus aspectos sobre otro, pues todos ellos dicen algo del ser Derecho, pero cada uno en su orden propio.



LECCIÓN 3

LOS MODELOS DE CIENCIA JURÍDICA EN EL POSITIVISMO

ÍNDICE

1. POSITIVISMO FILOSÓFICO Y POSITIVISMO JURÍDICO

Evolución histórica:

- Siglos XVI al XVIII: modelo del derecho natural racionalista.
- Siglos XIX al XX: **positivismo**.

Positivismo filosófico:

- **Origen**: el **modelo epistemológico** de las **ciencias** físicas o **naturales**. El **auténtico saber** científico es el empíricamente constatable: los **hechos**.
- **Evolución**: el modelo anterior evolucionó hacia el **empirismo lógico**, cuyas principales **características** son:
  - Coincide con la posición adoptada por los positivistas radicales del Círculo de Viena
  - **Reducción del tipo lógico**. Las cosas son suplantadas por el lenguaje (lenguaje ideal), pasando a ser considerado como realidad absoluta, independientemente de las cosas reales.
  - **Lenguaje ideal**: consiste en **matematizar el lenguaje** para conseguir la **plena correspondencia de las palabras con las cosas**. Un lenguaje transparente, sin opacidades y capaz de dar cuenta de lo real.
  - **Criterio de la verdad**: la filosofía se limita al mero análisis lógico de las proposiciones lingüísticas sobre las cosas, mediante **procedimientos lógico-formales matemáticos**. Una vez se verifican tales proposiciones pasan a constituir el **criterio de verdad**, que tas ser comprobados empíricamente, se convierten en **enunciados científicos**.
  - **Kelsen**: principal ejemplo de esta tendencia con su *Teoría pura del derecho*.
- **Postulados metodológicos del positivismo filosófico como modelo científico**:
  - **Observación de los hechos**. A través del empirismo (conocimiento a través de la experiencia) se determinan los objetos de conocimiento.
  - **Generalización de los hechos a través de un proceso inductivo**.
    - **Formulación de leyes** comprehensivas y descriptivas de todos los hechos posibles para pasar del conocimiento de lo particular a lo universal.
    - Las leyes establecen un **vínculo de causalidad** entre la causa y el efecto.
    - Las leyes se expresan matemáticamente permitiendo su cuantificación y medición.



- **Verificación posterior de la ley de causalidad necesaria**. **Comprobación experimental** para constatar la verdad o falsedad de la ley formulada con anterioridad.

- **Finalidad**: **describir objetivamente los hechos**, desechando cualquier subjetividad (interferencia en el proceso de conocimiento por parte del observador).
- **Problema**: el **planteamiento** descrito funciona en el ámbito de las leyes de la naturaleza, pero resulta muy **cuestionable** en el de las **ciencias humanas**, dado que no es posible la **verificación**, en sentido estricto:
  - Las variables son infinitas.
  - Las fuentes de conocimiento son poco fiables.
  - Los motivos del comportamiento son indiscernibles.
- ¿Cómo afectó al **ámbito jurídico**? **Positivismo jurídico**:
  - Se tradujo en una **concepción epistemológica** sobre la ciencia jurídica que conllevaba el **rechazo** y abandono de toda discusión sobre un supuesto **derecho natural**, dedicando su atención al **derecho positivo vigente** y al **derecho comparado** (los **hechos**).
  - **Primeras expresiones** del positivismo jurídico:
    - Escuela de la Exégesis en Francia.
    - Escuela Histórica alemana.
    - Jurisprudencia analítica británica.

2. CARACTERES GENERALES DEL POSITIVISMO JURÍDICO

El **positivismo jurídico** evolucionó en **diferentes direcciones**: **normativismo**, legalismo, **sociologismo**, etc. Todas ellas pueden explicarse desde criterios comunes, aunque esta explicación se centra en la históricamente predominante: el normativismo.

Normativismo: consiste en la reducción positivista de lo jurídico a las normas positivas (**ordenamiento jurídico**):

- Sus **caracteres generales:**
  - **Monismo**: solo se afirma la existencia del **derecho positivo**, negando el derecho natural (cualquier fundamentación del mismo desde un supuesto ordenamiento superior a él).
  - En la certeza del derecho se ve el fin supremo de lo jurídico.
  - **Coacción**: elemento esencial del derecho.
  - **Ley**: expresión más acabada de lo jurídico que constituye la emanación de la voluntad general.
  - **Imperatividad**: característica esencial del derecho que legitima el uso dela coacción si se vulnera (la ley).
  - **Derecho como construcción coherente**: sin antinomias normativas.
  - **Plenitud del ordenamiento jurídico:** el derecho como construcción completa, sin lagunas normativas.
  - **Procedimiento lógico-silogístico mecánico**: base de la aplicación del derecho para eliminar toda subjetividad en la aplicación e interpretación de las normas.
- El positivismo jurídico es una **ideología** que explica el derecho en términos cientificistas, tendente a asegurar una determinada concepción de la certeza y la seguridad jurídica. Dicha ideología puede adoptar dos versiones:



- **Versión extrema**: sobre el **súbdito** (no ciudadano) recae un **deber absoluto de obediencia** a la **ley**, cuyo único fundamento es la **validez** de la misma.
  - Postulado propio de **regímenes totalitarios**. Motivo por el que se la ha denominado también **reducción ad Hitlerum del positivismo jurídico**.
  - El **derecho positivo** se contempla como **valor en sí** mismo considerado.
- **Versión moderada**: consiste en una **concepción instrumental del derecho**. Aun existiendo un deber de obediencia a la ley, ésta (la ley) se concibe como el **medio más adecuado** para realizar un **orden** basado en la igualdad, la certeza, la previsibilidad…
  - Postulado propio de los **Estados liberal-democráticos**.
  - El **derecho positivo**, en cuanto valor, coexiste con **otros valores**.

Habiéndose expuesto la base del positivismo jurídico, en su contexto, surgió el **modelo político-jurídico de Estado legislativo de derecho**, como intento de realizar el **gobierno de las leyes** mediante **límites jurídicos** al ejercicio del poder, con la finalidad de hacer efectivo el valor de **libertad**. Sus principales características son:

- El **legislador** como **depositario** de la **soberanía**, quedando vinculado por las formas, pero no por los contenidos y los fines.
- El poder debe ejercerse en la forma privilegiada de la **ley parlamentaria**.
- La **democracia** se corresponde con la voluntad de la mayoría, siendo la ley parlamentaria expresión de dicha mayoría. **Conclusión**: es bueno el contenido de la ley dado que es la expresión de la voluntad general.
- La **Constitución** se erige como un mero marco delimitador de los poderes del Estado y de su organización. Por lo tanto:
  - Carece de fuerza y de aplicación directa.
  - No cabe la distinción entre Constitución y ley, es decir, entre poder constituyente y poder legislativo, pues ambos son expresiones de un mismo poder, el soberano.

3. LA DOGMÁTICA JURÍDICA

La **dogmática jurídica**, **ciencia jurídica** o **ciencia del derecho** es el modelo de ciencia por excelencia del **positivismo normativo**, y se limita a reproducir el **ordenamiento jurídico** (derecho positivo), como un objeto ya dado, **ordenándolo** de manera **sistemática**.

- **Caracteres**:
  - **Nacional**: la dogmática jurídica nace y se desarrolla al socaire de los derechos positivos particulares, cada uno con sus notas específicas según el derecho de cada nación (derecho español, inglés, alemán…).
  - **Función descriptiva:** se limita a presentar, exponer y describir el contenido prescrito por las normas jurídicas positivas (**Neutralidad en el aspecto valorativo**).
  - **Función de ordenación y sistematización de las normas jurídicas**: mediante la elaboración de un sistema lógico y cerrado, y la construcción de conceptos jurídicos como elementos de ese sistema.



        - Sistema **unitario**, **pleno** y **coherente**.
        - **Finalidad**: la unidad válida de los diversos conocimientos fundando el saber jurídico en un sistema lógico de principios científicos absolutos, autosuficientes e inmutables.
    - **Función prescriptiva**: realización de **propuestas *de lege ferenda*** para contribuir a una mayor perfección técnica del derecho positivo vigente. Función que también se da con respecto a la jurisprudencia.
    - **Proporciona criterios para la interpretación y aplicación del derecho**: mediante **modelos exegéticos**, huyendo de interpretaciones finalistas, para explicitar su contenido lo más asépticamente posible.
- **Finalidad**: conocer, ordenar, sistematizar e interpretar el derecho positivo vigente para facilitar su aplicación.

4. LA SOCIOLOGÍA DEL DERECHO

En el epígrafe 2 se relacionaron diversas direcciones que adoptó el positivismo jurídico (iuspositivismo), entre las que figuraba el **sociologismo**, también denominado **sociología del derecho** o **sociología jurídica**.

La **sociología jurídica** es el modelo de ciencia por excelencia del **positivismo sociológico**, y parte del **presupuesto fundamental** de que los hechos a conocer y explicar son los **hechos sociales** que están detrás de las normas.

- Consiste en una **reducción de tipo ontológico** de lo jurídico, en la que prima la concepción del derecho como hecho social.
- Se fundamenta en la sociología.
- Coincide con la dogmática jurídica en los impulsos ante los que responde y los objetivos pretendidos.
- Se diferencia con la dogmática jurídica en los presupuestos metodológicos, los procedimientos y los resultados obtenidos.



LECCIÓN 4

LA CRISIS DEL POSITIVISMO

ÍNDICE

El positivismo incurre en un reduccionismo que no respeta la diferenciación de los distintos ámbitos del discurso (ontológico, lógico y epistemológico), reduciendo todos a uno solo: el epistemológico.

1. LA QUIEBRA DEL MONISMO METODOLÓGICO Y LA CRISIS DEL MODELO DE CIENCIA DEL POSITIVISMO

La **crisis del positivismo** clásico tiene lugar con la **quiebra del monismo metodológico**. Contexto:

- Surgimiento de los **fascismos** (periodo de entre guerras mundiales). El **modelo positivista** resulta **insuficiente** para limitar y controlar el poder, pues la constitución solo era una mera ley que se limitaba a organizar los poderes del Estado, sin regular los principios a los que debían estar sujetos
- La crisis se **inicia** tras la segunda posguerra mundial con la implantación del **modelo de Estado constitucional** en Europa occidental: siendo su modelo político-jurídico el **modelo de Estado constitucional de derecho**.
- Coincide con la **crisis del modelo empirista de ciencia** debido al surgimiento de otros modelos, a partir del **giro lingüístico** en la filosofía occidental, que socavan los fundamentos el modelo positivista clásico.
- Profundos **cambios en la estructura social**:
  - Pujanza de las clases medias, organizaciones sindicales y movimientos obreros.
  - Diversificación de los ámbitos jurídicos: derecho laboral, derecho administrativo…
  - Gran aumento del tamaño del Estado debido a su intervencionismo y sus tareas prestacionales.
- La **constitucionalización de los derechos fundamentales**. Consiste en la **positivación de los derechos fundamentales** en normas de máximo rango (constitucional), que son directamente aplicables y vinculantes para las leyes ordinarias.
  - **Revalorización de la visión material de las normas jurídicas**: la Constitución incluye reglas y principios.
    - **Reglas**: lo prevalente es lo positivamente establecido. De haber conflicto entre dos reglas, se resolverá inaplicando una de ellas.
    - **Principios**: son valores o criterios con los que se enjuicia las relaciones jurídicas, que son expresados en normas.



- Son los **auténticos elementos centrales** del actual modelo jurídico-constitucional.
- **Derecho por principios**: se concibe al Derecho bajo el **predominio de los principios** frente al de la regla.

- **Fin del modelo positivista normativo** (Estado legal de Derecho). Ya no puede defenderse el **monismo metodológico** como característica esencial de la ciencia jurídica porque:
  - El derecho objetivo al que se refieren los positivistas ya no es tal como lo concebían.
  - La dogmática jurídica iuspositivista no puede mantener los perfiles y caracteres que la configuraron.
- Premisa: no puede haber democracia sin una eficaz garantía de los derechos fundamentales.
- **Principio de legalidad sustancial**: una norma jurídica será válida si:
  - Se ajusta a los procedimientos formales de elaboración.
  - Es coherente con los principios constitucionales.
- Se crea el **Tribunal Constitucional** como instancia jurisdiccional encargada de velar por la constitucionalidad de las normas.

2. LA CRÍTICA A LOS MITOS DEL POSITIVISMO JURÍDICO: NEUTRALIDAD DE LA DOGMÁTICA, SEGURIDAD JURÍDICA, SISTEMA DE FUENTES, INEXISTENCIA DE LAGUNAS Y PLENITUD DEL SISTEMA

La **crítica general al monismo jurídico** se afirma en las siguientes ideas concretas:

- **Crítica a la visión silogística mecanicista del proceso de aplicación del derecho**.
  - El **positivismo** esconde una **ilusión de neutralidad** que ve la aplicación del derecho como la mera actualización automática del contenido de la ley en el caso concreto a través de un **proceso silogístico-mecánico**, en el que el juez es la boca de la ley.
  - La **interferencia** de elementos no dogmáticos (los **principios**), prueba lo ilusorio de tal supuesta realidad.
- **Crítica a la neutralidad de la dogmática jurídica**. La **crítica a la supuesta neutralidad** se realiza desde los siguientes argumentos:
  - La **dogmática jurídica** es una manera de consagrar el poder vigente. Constituye el **lenguaje del poder**.
  - Por tanto, consiste en la **expresión de una ideología** (no de una ciencia), que presenta como una actividad cognoscitiva el mero producto de la voluntad del poder establecido.
- **Crítica al dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico (ausencia de lagunas jurídicas)**. Los argumentos críticos se fundamentan en:
  - El desbordamiento del ámbito estatal como lugar exclusivo de las relaciones jurídicas.
  - La multiplicidad de ámbitos normativos públicos y privados en el interior del estado.
  - El pluralismo de fuentes del derecho.
- **Crítica al mito de la seguridad jurídica**. Resume las anteriores críticas: las ideas de un derecho objetivo capaz de resolver todos los conflictos posibles, de una unidad lógica del sistema, de su plenitud y de su previsibilidad; han caído ante la evidencia de la dispersión de ordenamientos y la divergencia entre los principios de un mismo ordenamiento.



- **Seguridad jurídica**: en lugar de entenderse desde la necesidad de ajustarse al modelo de un proceso lógico-mecánico predeterminado por la ley; se entiende ahora, **desde la necesidad de justificar racionalmente las premisas de la decisión jurídica conforme a criterios de racionalidad argumentativa**.



LECCIÓN 5

EL RETORNO A LA RACIONALIDAD PRÁCTICA

ÍNDICE

1. PANORAMA GENERAL. EL LLAMADO GIRO LINGÜÍSTICO

El lenguaje ha sido el problema filosófico fundamental del s. XX. El **giro lingüístico** o revolución del lenguaje constituye el marco contextual en el que tienen lugar la mayoría de las críticas a la epistemología positivista. Entre éstas, por su gran importancia teórica e influencia en la reflexión iusfilosófica del s. XX, caben destacar los **modelos hermenéuticos**, sustentados en el predominio del lenguaje, recuperan el carácter instrumental de éste e intentan urdir un discurso dotado de un ámbito propio, respetuoso con las diversas naturalezas de las cosas, acomodando el lenguaje a éstas y no reduciendo lo real a moldes exclusivamente lógicos.

Junto a la **hermenéutica**, también se explicarán desarrollos similares que comparten el rechazo al reduccionismo positivista:

- **La tópica y la retórica jurídicas**.
- **La teoría de la argumentación jurídica**.

2. LOS MODELOS HERMENÉUTICOS

Modelos hermenéuticos:

- El **lenguaje** es el medio necesario para hacerse cargo de las cosas, respetando sus naturalezas diversas, evitando su reducción a la pura lógica.
  - Se configura como el **centro de la hermenéutica**.
  - Plena **compenetración** entre **lenguaje** y **mundo**.
- El sujeto vive inmerso en **tradiciones** que no admiten ser neutralizadas o abstraídas, pues poseen sus propias lógicas internas.
- Concepción de lo **jurídico** interesándose en su **carácter práctico**, configurándolo como una actividad (praxis, relación).



- En el **ámbito de los valores**, se **niega** cualquier pretensión de una **ciencia axiológicamente neutra**. No puede entenderse lo jurídico sin referencia a los valores, a los fines y a la situación concreta en que se da.
    - No hay que despojar a cualquier situación cognoscitiva de su contexto y su situación histórico-social.
    - El sujeto que debe explicar el objeto se encuentra inmerso en un contexto que habrá de tener en cuenta para comprenderlo.
- La **hermenéutica** otorga **primacía a lo ontológico** frente a lo epistemológico.

En contraposición, los anteriores **modelos positivistas**:

- Todo lo real se pliega sobre el lenguaje formalizado (derecho positivo).
- El sujeto debe abstraerse de toda referencia cultural acudiendo a un lenguaje formalizado puro.
- Concepción de lo **jurídico** interesándose exclusivamente en su carácter **teórico**.
- El **positivismo** otorga **primacía a lo epistemológico** frente a lo ontológico.

3. LOS MODELOS RETÓRICOS Y ARGUMENTATIVOS: DE LA TÓPICA Y LA RETÓRICA JURÍDICAS A LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

3.1. LA TÓPICA Y LA RETÓRICA JURÍDICAS

La **tópica** y la **retórica jurídicas**:

- **Aristóteles** sentó sus **bases conceptuales**.
    - **Tópico**: proposición aseverativa, expresada en términos tanto positivos como negativos, en tanto y sólo en tanto es aceptada por aquel a quien va dirigida.
        - Pretende persuadir, convencer o refutar a su destinatario.
        - Solo tiene sentido en una situación dialógica.
    - **Retórica**: ejercicio concreto de los diversos tópicos en el razonamiento para provocar determinados efectos en un auditorio. Ejerciéndose:
        - En el **ámbito judicial**, la **retórica forense**, que se basa en la persuasión del juez a través de medios probatorios.
        - En la **asamblea**, la **retórica política**, tendente a la persuasión, pero sin finalidad probatoria.
        - En los **discursos de homenaje**, conforme al **panegírico**, tendente a la alabanza.
- **Viehweg** y **Perelman** retomaron el desarrollo de la obra aristotélica tras la imposición del **principio democrático pluralista** tras la segunda guerra mundial, que puso en **crisis** la exigencia del mero **principio de mayorías** (el nazismo llegó al poder tras una victoria electoral), planteando la exigencia del **diálogo**, **acuerdo** y **consenso** como criterio de legitimación de los actos de formación y aplicación del derecho.
    - **Retórica** como arte de persuasión, entendida como un procedimiento comunicativo de argumentos críticamente validados, manifestando así la naturaleza esencialmente retórica del discurso jurídico.



- El derecho ha de ser estudiado desde una **perspectiva retórica**, mediante **técnicas de argumentación**, debido a su naturaleza relacional, dialógica y consensual.

3.2. LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

La **teoría de la argumentación jurídica**: Para entender lo jurídico, debemos situarnos en el **proceso de decisión jurídica**, debido a que es ahí donde se manifiesta más claramente la **necesidad de fundamentación racional**.

- Se enfoca la **actividad jurisdiccional** desde un **procedimiento racional de argumentación**, por el que la decisión judicial se sustente en un **consenso argumentativo** (acuerdo sobre la base de la argumentación mejor fundada).
- La **actividad jurisdiccional** es un **proceso de creación no discrecional** (no es la voluntad del juez). El juez debe atender a la concurrencia de **normas jurídicas** y de **principios morales y políticos** que forman parte del trasfondo normativo del orden jurídico de una comunidad.
- El **proceso jurisdiccional** se concibe como una **práctica pragmática** que determina en cada caso concreto, qué es derecho.

4. EL REPLANTEAMIENTO DEL PAPEL DE LA DOGMÁTICA: CIENCIA JURÍDICA Y POLÍTICA JURÍDICA

El **todo problemático** en que se inserta lo **jurídico** ha propiciado, a través de la **tópica** y la **retórica jurídicas** y de la **teoría de la argumentación jurídica**, la adopción de un **modelo pragmático** que relaciona el ámbito de lo normativo con el de lo real, aceptando la interdependencia entre ambos.



LECCIÓN 6

EL MARCO JURÍDICO-POLÍTICO DE LAS TEORÍAS CONTEMPORÁNEAS DE LA JUSTICIA: EL TRÁNSITO DEL ESTADO LIBERAL AL ESTADO SOCIAL Y LA CRISIS DE ÉSTE

ÍNDICE

1. EL MODELO LIBERAL DE ESTADO

El **modelo de Estado liberal** se construye sobre los siguientes conceptos:

- **Individuo**: **abstracción** operada **sobre lo real** que prescinde de los aspectos empíricos que dan cuenta de lo que constituye al ser humano. Proceso de abstracción que consiste en descomponer la realidad social del individuo en elementos simples hasta obtener el **concepto unitario** de **hombre como individuo**.
  - **Problema**: Cada observador captará diferentes elementos definidores. Aunque todos compartirán el **abandono de los presupuestos metafísicos** (fundamentación empírica de su observación) sobre la que **construirán racionalmente** el concepto.
  - Se trata de una **reducción**: Concepto definido al margen de la sociedad. En lugar de concebir al ser humano como dado en el seno de una red de relaciones que lo constituyen, **se lo abstrae para reducirlo a una sola característica o propiedad, concebida de modo excluyente**.
- **Estado de naturaleza** (***status naturalis***): consiste en el medio teórico necesario para colocar en una **situación** asocial a un ser humano que, construido de forma individualista, requiere ser situado fuera de la sociedad antes de que, él mismo la construya y se inserte en ella.
  - **Libertad**: En esta situación, el ser humano es totalmente individual, independiente, y actúa en su propio interés. Es decir, no existe un poder superior que mediatice su voluntad.
  - **Problema de la apropiación**: el ser humano, al procurar su propio interés, se apropiará de la mayor cantidad posible de medios materiales, en la medida de sus fuerzas y sus capacidades.
  - **Dilema de la armonización de las libertades**: en una situación de escasez de tales medios, la situación anterior derivaría en una lucha de todos contra todos. Sin una institución que regule tal dilema, el mismo se volverá irresoluble, pues siempre predominará el más fuerte.
- **Pacto o contrato social**: el hombre, mediante el uso de la razón, buscará una solución que hagan viables la libertad y la igualdad, que le permita sobrevivir en paz y seguridad y preservar sus bienes. Dicha solución consiste en la constitución de instituciones que regulen y administren la igualdad y la libertad: **construcción de la sociedad política** y su **poder político**.
  - **Contractualismo político-jurídico**: dado el carácter artificial de la sociedad política, el individuo adquiere preeminencia frente a aquella y su poder político. Así, serán revocables (sociedad y poder políticos) en caso de que no se alcanzaran los fines para los que fueron constituidos.



- **Soberanía**: creada la sociedad política, con su respectivo poder (político), el individuo se encuentra en una nueva situación: **Estado político o civil** (***status civilis***).
  - **Desigualdad inicial**: entre súbditos y soberanos.
    - **Soberano**: quien gobierna.
    - **Súbditos**: quienes obedecen.
  - **Desplazamiento de la libertad desde los súbditos al soberano**: aquellos le entregan al soberano su libertad, quien:
    - Dejará como libertad individual de acción aquella que quede al margen de las acciones reguladas mediante el **Derecho** (instrumento de gobierno del soberano).
    - Garantizará, mediante **instrumentos jurídicos**, la paz y la preservación de la propiedad.
- **Pueblo soberano**: con el tiempo, el pueblo se erigió como **titular de la soberanía** (nuevo soberano).
  - Los individuos dejan de ser súbditos y se convierten en **ciudadanos**.
  - Recuperan la libertad y la igualdad cedidas a los antiguos soberanos.
  - Constituye el **elemento personal de los estados**: el **Estado personifica** política y jurídicamente **al pueblo**, naciendo el concepto de **Estado soberano**: aquel estado libre e independiente de todo poder exterior.
- **Ciudadanos**: individuos miembros del pueblo soberano, considerados todos ellos por ese motivo, libres e iguales.
- **Derechos subjetivos naturales**: es un ordenamiento previo y jerárquicamente superior al derecho positivo emanado del Estado, que ya pertenecía a los ciudadanos antes de ser tales, es decir, en cuanto individuo (ser humano).
  - En un primer momento eran la vida, la propiedad y la paz. Posteriormente, con la adquisición del carácter de ciudadano, se ampliaron a la igualdad y la libertad.
  - Constituyen **límites al poder político** ejercido por el gobierno estatal: el titular de la soberanía es el Estado (que personifica al pueblo) y debe asegurar la libertad e igualdad y preservarlas de posibles agresiones de los órganos del Estado.
- **Representación**: consiste en la **personificación** del pueblo por el Estado. Los órganos de gobierno del Estado son los depositarios del poder soberano, cuya titularidad corresponde al pueblo.
  - **Derecho al voto**: mediante su ejercicio, los ciudadanos eligen sus representantes políticos en los órganos de gobierno del Estado, quienes se convertirán en depositarios del poder soberano por un plazo determinado.
  - **El voto** tiende a convertirse en un cheque en blanco para el ejercicio pleno de la soberanía sin el control del verdadero titular de la misma (pueblo).
- **Distinción entre el ámbito de lo público y el ámbito de lo privado**.
  - **Ámbito**:
    - **Privado**: aquél de la vida del ciudadano en el que el Estado tiene limitada toda injerencia (límites de los derechos subjetivos naturales). En este ámbito rigen los **principios** de **libertad** y de **desigualdad**.
    - **Público**: aquél que se corresponde con lo político. Rige el **principio** de **igualdad**. La **libertad** queda **restringida** por los mecanismos de representación y personificación.
  - La conjunción de estos ámbitos permite la configuración del **modelo de Estado democrático-liberal** y la introducción de la **noción de Estado de derecho**.
    - **Estado democrático**: el pueblo es el titular de la soberanía.



- **Estado liberal**: el poder político está limitado mediante la positivación de los derechos subjetivos naturales (**derechos fundamentales**). Así, el modelo se legitima por:
    - **La representatividad**.
    - **La garantía de los derechos fundamentales**.
- **Estado de derecho**: se introducen tres elementos esenciales:
    - **La separación de los poderes del Estado**.
    - **La codificación del Derecho**.
    - **La constitucionalización del Estado**.

2. EL DESBORDAMIENTO DEL MODELO LIBERAL: EL ESTADO SOCIAL

Contexto: en las democracias europeas occidentales surge la postura de una izquierda reformista (socialdemócrata) partidaria de un **modelo de Estado social**, como consecuencia de una serie de sucesos, acontecidos durante los s. XIX y XX, que desbordaron el modelo liberal. Tales sucesos fueron:

- Crisis de la sociedad capitalista debida a la expansión del proletariado de la revolución industrial.
- Primera Guerra Mundial.
- Crisis del 29 (la Gran Depresión).
- Segunda Guerra Mundial.

El **modelo de Estado social** se caracteriza por:

- Ser un **modelo** de Estado **intervencionista** en las relaciones económicas y productivas.
- El **Estado** asume un papel de **prestatario** de medidas y actuaciones socio-económicas como el reconocimiento de los **derechos económicos, sociales y culturales**, o la **prestación de medidas asistenciales**.
- **Objetivo**: pretende la efectiva **igualdad económica y social**, sin excepción por motivo de sexo, raza, religión o clase social.
    - **Políticas keynesianas**: nuevas políticas económicas que consistían en **incrementar la inversión pública** con el fin de reactivar la economía, lo que permitía, a su vez, **aumentar la presión fiscal** sobre la actividad empresarial productiva, para permitir afrontar una **política redistributiva**. Al incrementarse el consumo de los sectores más desfavorecidos, la economía continuaba creciendo, de forma que el ciclo no se detenía.
- **Ampliación del concepto de ciudadano**: ampliación progresiva del horizonte de la ciudadanía.
    - **Inclusión del sufragio femenino**.
    - **Extensión de los derechos civiles y políticos**.
- La **teoría jurídico-política** solo sufre una **alteración en el fundamento de la legitimidad** del modelo, permaneciendo el resto igual que en el modelo anterior (liberal): la legitimidad deriva de la **representatividad** y de la **garantía de los derechos civiles y políticos** (como en el modelo liberal) y, además, de la **efectiva satisfacción de determinadas demandas sociales**, tendentes a la realización de los ideales ilustrados de libertad, justicia e igualdad.



3. EL CRECIMIENTO DE LA RACIONALIDAD INSTRUMENTAL Y LA CRISIS DE LEGITIMACIÓN EN EL ESTADO SOCIAL

Crisis del modelo de Estado social: el Estado social, al no encontrar respaldo en modelos teórico-jurídicos equiparables a los del Estado liberal, se ha desarrollado **sin proyecto garantista** alguno, mediante una **acumulación caótica de leyes, aparatos y prácticas político-administrativas**, mermando la eficacia de los derechos y la limpieza en la distribución de los recursos.

- **Inicio de la crisis**: s. XX, mayo de 1968.
- **Causas**:
  - El **déficit de legitimación del Estado social**. Al descansar parte de su legitimación sobre la satisfacción de determinadas demandas sociales, y ante la imposibilidad de atender una demanda social creciente, se produce el referido déficit en la legitimación.
  - La **crisis en la representatividad real**.
    - El Estado asume un **papel intervencionista** (poder ejecutivo) para restablecer la paz social puesta en peligro por los desequilibrios del mercado del anterior modelo.
    - Dicho intervencionismo conlleva un **desequilibrio entre los poderes** (ejecutivo, legislativo y judicial). Se produce una sustracción de parte de la actividad del ejecutivo al control del legislativo (depositario de la voluntad popular).
    - El poder legislativo queda relegado a **dotar de una apariencia de legitimidad** al Estado social, que no se corresponde con una auténtica representatividad de los ciudadanos.
  - **Problemática de las políticas keynesianas** (impulsar la economía y aumentar la actividad, permitiendo elevar la presión fiscal sobre dicha actividad).
    - El aumento de la presión fiscal, al llegar a un punto determinado, disminuye los beneficios empresariales y la competitividad, ocasionando una reducción de la actividad productiva.
    - Al gravar la presión fiscal dicha actividad productiva, que disminuye, aquella también lo hace.
    - Si, por un lado, los ingresos de la presión fiscal disminuyen, que son los que permitían una política redistributiva, y, por el otro, la demanda de medidas asistenciales aumenta; la situación derivará en la **crisis del sistema del Estado social**.
  - **Globalización**: las medidas políticas y económicas del Estado social fueron diseñadas según el panorama económico de los Estados cerrados, sin tener en cuenta la cada vez mayor economía internacional.
- **Soluciones** posibles:
  - **Posiciones socialistas**: introducir **restricciones a la libertad del mercado**, interviniendo económicamente en las empresas globalizadas mediante la participación parcial del Estado en su planificación y redistribución del beneficio.
  - **Posiciones neoliberales**:
    - **Incrementar los beneficios de las empresas** en detrimento de los logros socio-laborales (duración de los contratos de trabajo, la movilidad de los trabajadores y la facilitación del despido).
    - **Privatizar sectores económicos**.
  - **Políticas económicas de oferta**: pretenden mejorar la productividad mediante la implantación de una **disminución de la presión fiscal a las empresas** que, por un lado, disuade la fuga de



capital empresarial y por otro, provoca un efecto llamada. Así, una menor presión fiscal dirigida a un mayor número de empresas permite evitar una reducción de los ingresos destinados a la redistribución.

- **Problema**: puede provocar la **deslocalización empresarial**. Es decir, el problema no se soluciona, sino que se desplaza a otras regiones (las que han sufrido la fuga del capital empresarial).

- **Conclusión**: sobre el modelo del Estado social se constituye la trama sobre la que se ha transformado el discurso sobre la justicia durante las últimas décadas. Así, no es posible elaborar un discurso sobre la justicia y los derechos fundamentales sin tener en cuenta que derecho, política y economía no constituyen compartimentos estancos. Por ello, aunque Estado constitucional de derecho y Estado social son conceptos diferentes, están profundamente relacionados, constituyendo dos caras de una misma moneda: el **Estado constitucional y social de Derecho**.



LECCIÓN 7

EL PAPEL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL DEBATE JURÍDICO-POLÍTICO CONTEMPORÁNEO: DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES

ÍNDICE

1. DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES

La diferencia entre ambos conceptos es de fundamentación:

- **Derechos humanos**: todos los derechos que pertenecen a los hombres por el mero hecho de serlo. Consiste en una **apelación a la naturaleza humana** para denominar unos derechos que brotan de la razón natural y que todo ser humano comparte.
- **Derechos fundamentales**: las primeras declaraciones de derechos humanos en documentos constitucionales (de carácter nacional), aun fundamentándose en el concepto iusnaturalista de hombre, en realidad aludían a **derechos de los ciudadanos**.

2. DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN UNA PERSPECTIVA DUALISTA

Desde la **perspectiva dualista**:

- **Derechos humanos**: consisten en un conjunto de **criterios morales**, con **relevancia política**, que deben ser tenidos en cuenta por el legislador constituyente, para que la Constitución de una sociedad pueda ser considerada como justa. Por lo tanto:
    - Su **fundamento** es de carácter **moral**.
    - No intervienen en la **dimensión jurídica**.
    - Intervienen en la **dimensión política** como criterios de **justicia extrasistémica** en los ámbitos moral y político.
- **Derechos fundamentales**: consisten en un conjunto de **derechos subjetivos positivados** en la norma fundamental (**constitución**), constituyendo el núcleo de **justicia intrasistémica** de un ordenamiento jurídico. Por lo tanto:
    - Su **fundamento** es **jurídico-positivo**.
    - Sólo serán **derechos fundamentales** aquellos **derechos humanos positivados** en la Constitución, gozando de la especial protección procesal de ésta (arts. 14 a 29, y 30 CE).
    - **Se excluyen** (no son derechos fundamentales) los **derechos subjetivos constitucionales** (derecho a defender a España; al matrimonio; a la propiedad privada; a la herencia; al trabajo…) y los **principios de política legislativa** (derechos de protección de la salud; del



acceso a la cultura; al medio ambiente adecuado; a la vivienda digna…), que son otros derechos que, aun estando positivados en la Constitución, no son derechos humanos, tales como: los derechos económicos, sociales y culturales o los derechos de tercera generación.

3. DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES DESDE UNA CONCEPCIÓN MONISTA: LA TEORÍA DE FERRAJOLI

Desde la **perspectiva monista**, el **fundamento** es la **positivación**. Destaca la **teoría de Luigi Ferrajoli**:

- **Derechos humanos**: son una **clase de derechos fundamentales**. Esto implica que no realiza la distinción dualista entre criterios de justicia intrasistémicos (derechos fundamentales) y criterios de justicia extrasistémicos (derechos humanos). Así, la justicia se ciñe al perímetro de cada sistema jurídico.
- **Derechos fundamentales**: todos aquellos **derechos subjetivos** (toda expectativa adscrita a un sujeto por una norma jurídica) propios del ser humano en cuanto persona, ciudadano o **persona con capacidad de obrar** (condición del sujeto, prevista en norma jurídica, que lo hace idóneo para ser titular de relaciones jurídicas).
  - Es una **definición no dogmática**: establece que los derechos fundamentales tienen un fundamento jurídico-positivo apelando a la **mera positivación** sin especificaciones, y no a un ordenamiento jurídico concreto.
  - Es una **definición formal**: el **contenido** de un derecho subjetivo es **indiferente** para que sea considerado como fundamental. Lo **relevante** es la **intensión y la extensión de la igualdad**, cuanto mayor sea, más cerca estará de considerarse como derecho fundamental.
  - Es una **definición universalista**: los derechos fundamentales corresponden a todas las personas físicas en cuanto tales, en cuanto ciudadanos o en cuanto capaces de obrar. Además, son **inalienables** y **no negociables**, con la finalidad de garantizar la igualdad jurídica de los sujetos a quienes se imputan.

La **ventaja principal** de la teoría de Ferrajoli es que se presenta como una **definición de teoría general del derecho**, debido a que:

- Al ser independiente del derecho positivo concreto, es **válida para cualquier ordenamiento jurídico**.
- Al ser el contenido indiferente, es ideológicamente neutra, lo que la hace **válida para cualquier filosofía política o jurídica**.

Ferrajoli establece una clasificación de **tipos de derechos fundamentales**, que se entrecruzan entre sí, originando cuatro **clases derechos** (ver tabla).

Tipos de derechos fundamentales		Clases de derechos	
Derechos de la personalidad	Corresponden a todas las personas	**Derechos humanos**	**Derechos primarios de todo ser humano** (la vida, la integridad personal, la libertad personal y de conciencia.
Derechos de la ciudadanía	Corresponden solo a los ciudadanos	**Derechos públicos**	**Derechos primarios de todo ciudadano** (a determinar por la ley).



Derechos primarios o sustanciales	Corresponden a todas las personas con capacidad de obrar	**Derechos civiles**	**Derechos secundarios de toda persona con capacidad de obrar** (derechos potestativos fundamentados en la autonomía privada).
Derechos secundarios o instrumentales o de autonomía	Corresponden solo a los ciudadanos con capacidad de obrar	**Derechos políticos**	**Derechos secundarios de todo ciudadano con capacidad de obrar** (derechos de autonomía política como el voto o el acceso a cargos públicos).

Por último, Ferrajoli **distingue** entre los **derechos fundamentales** y **sus garantías** para salvar el problema planteado por las teorías que afirmaban que sin garantías tales derechos no existían: así, si un ordenamiento jurídico no establece un sistema de garantías significa que existe una **laguna jurídica** que debe ser subsanada. Este planteamiento:

- Posibilita la inclusión como derecho fundamental de diversos derechos que de otro modo no tendrían cabida como tal.
- Refuerza y aumenta el valor político de dichos derechos.
- Abre la argumentación jurídica a criterios morales y políticos sin perder rigor metódico alguno.



LECCIÓN 8

PRINCIPIOS, NORMAS Y VALORES: LAS NORMAS EN UNA PERSPECTIVA NO FORMAL

ÍNDICE

1. PLANTEAMIENTO GENERAL: LA CUESTIÓN DE LOS VALORES TRAS LA CRISIS DEL FORMALISMO

En la **contraposición iusnaturalismo-positivismo** solo cabían dos posiciones con respecto a los **valores**:

- **Iusnaturalismo**: reconocer la posibilidad de un juicio sobre las normas jurídicas en vigor, realizado desde una instancia jurídicamente superior (considerada auténtico derecho).
  - En la **reducción iusnaturalista**: la **crítica a la ley** se realizaba **desde fuera del ordenamiento jurídico**.
- **Positivismo**: no existe una instancia jurídicamente superior a las normas jurídicas.
  - Al principio se creía que invocar **principios suprapositivos** llevaba a la confusión del discurso jurídico y el moral, lo que **contrariaba todo discurso científico sobre el derecho**.
  - En la **reducción positivista**: todo valor, norma, principio, era ley, que era emanación de la voluntad general.

Pero la **contraposición iusnaturalismo-positivismo** anterior se vio **superada** originando el denominado **derecho por principios**:

- La **crisis del positivismo**, que trajo consigo la crisis de su modelo científico (el monismo metodológico), reintrodujo el discurso sobre los valores: el **retorno de la razón práctica** (tema 5).
    - Se retoma la discusión sobre los valores jurídicos (**principios**), al compás de la **crisis de la ley como forma normativa suprema**, efecto del paso del Estado legislativo de derecho al Estado constitucional de derecho.
    - Los **principios** adquieren una **mayor importancia** frente a la ley.
  - La **crítica a la ley** se realiza desde los **principios** (**fuera de la ley**), pero **dentro del ordenamiento jurídico**, pues pertenecen a éste.

Así, cabe configurar los **principios constitucionales** como **criterios** que permiten **realizar juicios críticos** sobre la **ley**, pero sin dejar de ser parte (esos principios) del ordenamiento jurídico.

2. LOS PRINCIPIOS COMO INSTANCIAS INTERMEDIAS ENTRE REGLAS Y VALORES



El modelo del actual **Estado constitucional y social de Derecho** se caracteriza por una mayor intervención estatal en la redistribución de los recursos para generar un mínimo de bienestar. Por lo tanto, la **actual teoría de la justicia** ha de otorgar primacía a lo **social** y tener por objeto la **estructura básica de la sociedad**. Consecuencias:

- Los **derechos fundamentales**, en relación con los **principios constitucionales**, pasan a concebirse como el instrumento de la **transformación social** que el Estado tiene que estimular.
- Esa mayor intervención estatal requirió de **constituciones rígidas**, provistas de catálogos de **derechos fundamentales** y sus **sistemas** jurisdiccionales **de garantía**, que conformaban **principios** referidos al **control** de la **actuación** de los órganos del **Estado** para ajustarla a las exigencias de la protección de tales derechos.

Partiendo de este contexto, podemos conocer los conceptos **principios**, **valores**, **normas** y **derechos**, que están interrelacionados entre sí, como distintos **aspectos de lo jurídico** (todos se refieren a lo mismo, pero cada uno de un modo diferente):

- **Principios**: son parte del propio ordenamiento jurídico, cuyo funcionamiento interno informan desde su sede constitucional.
  - **Se concretan en los derechos fundamentales** que los materializan. Es decir, el principio es una abstracción de un conjunto de criterios (**valores**) que permiten valorar las relaciones jurídicas reales.
  - Así, los **derechos fundamentales solo son reales si están informados por principios**, ya que estos últimos son abstracciones de los criterios con los que valoramos las relaciones humanas reales que, por su relevancia social, se regulan jurídicamente (en **normas**) por la comunidad política.
  - **Conclusión**: **no es posible concebir principios sin derechos que los concreten, ni derechos sin principios que los informen**.
- **Valores**: son juicios de las relaciones entre personas, o entre personas y cosas, consideradas socialmente relevantes por la comunidad política.
- **Normas**: son la expresión de los principios que informan los derechos.
- **Derechos fundamentales**: son la forma en la que se concretan los principios.

3. EL DISCURSO SOBRE LOS PRINCIPIOS EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

La crisis del Estado legislativo de Derecho da paso al **Estado constitucional de Derecho**:

- **La Constitución sustituye a la ley como pieza fundamental**, como una norma de normas, por su forma y su contenido. Siendo el Tribunal Constitucional el órgano encargado de su preservación.
- **El positivismo no admitía un discurso autónomo sobre la justicia** (principio de justicia), pues todo lo real había de ser reducido a la voluntad general: la ley votada en el parlamento. Es decir, era justo solo lo que dictaba la ley.
- **El iusnaturalismo** situaba el principio de justicia fuera del ordenamiento jurídico, como un criterio suprapositivo.



- **El derecho de principios**, concebía al **principio de justicia** integrado en el ordenamiento jurídico, configurando el **núcleo duro de la Constitución**. Así, desaparecen:
  - La postura de entender lo jurídico en términos de mera formalidad (las normas), propia del positivismo.
  - La necesidad de remitirse a valores desprovistos de concreción dentro del ordenamiento jurídico para encontrar el principio de justicia, propia del iusnaturalismo.

Refiriéndonos a **nuestra constitución**:

- Los **derechos fundamentales** son los **valores superiores** del ordenamiento jurídico, que se constituyen como **vínculos materiales** a la actuación de los poderes del Estado (judicial, legislativo y ejecutivo). Se expresan en **normas**, integradas en el sistema de fuentes y sujetas a los criterios de validez.
- La **rematerialización de la Constitución** ha conllevado a configurarla como la norma suprema que:
  - Condiciona directamente la labor legislativa y aplicable por los jueces.
  - Pretende proyectarse sobre el conjunto de los operadores jurídicos con el fin de configurar en su conjunto el orden social.
  - Puede ser aplicada directamente por los jueces, ya que los principios que la informan impregnan todo el ordenamiento jurídico.
- **Consecuencias** de la rematerialización de la Constitución:
  - Al **redefinir** los derechos fundamentales, también lo hace del **sentido propio de la democracia**.
  - La Constitución es un **metaderecho**, que se incardina en el ordenamiento jurídico y lo domina en su totalidad.

4. EL REPLANTEAMIENTO DEL VÍNCULO ENTRE DEMOCRACIA Y DERECHOS FUNDAMENTALES

La **rigidez constitucional** (en la CE, la reforma constitucional requiere una mayoría cualificada de 3/5 partes de las Cámaras, que se aumenta a la de 2/3 cuando afecta a los valores superiores, derechos fundamentales o la corona) trae consigo el **inconveniente** de **fijar** de manera demasiado **estable** el **elenco de derechos fundamentales**, sin tener en cuenta la mutabilidad a que todo sistema democrático debería estar abierto.

La **relación entre derechos fundamentales y democracia** puede entenderse de la siguiente forma, según lo visto en los epígrafes anteriores:

- Si los **principios** son la parte del ordenamiento jurídico que lo informan desde su sede constitucional, y éstos (los principios) se concretan en los **derechos fundamentales** expresados en **normas**, la CE en este caso; la **rigidez constitucional** conlleva mantener en la práctica inalterable el contenido tales derechos.
  - La rigidez constitucional consiste en la exigencia de **mayorías cualificadas** más o menos fuertes según la parte de la constitución que se pretenda modificar. **No son un obstáculo insalvable**, y constituyen un **control necesario** para evitar una posible modificación realizada por una mayoría simple, que podría erigir a la CE como norma suprema para todos los españoles aun no siendo más expresión que de la voluntad de la mitad del pueblo.



- Si la **norma** es la expresión de la **voluntad general**, la del pueblo titular de la soberanía, y ésta (la norma) permanece inalterable debido a dicha rigidez, no pudiéndose adaptar a las necesidades y nuevas voluntades del pueblo; se estaría **hurtando los derechos a sus propios titulares** (al pueblo).
- **Problema**: ¿cuál debe ser el límite de lo inalterable (lo blindado por la rigidez constitucional)? Dicha cuestión significa **determinar el contenido de la democracia para el pueblo futuro**, entrañando el **riesgo** de la **posible negación de la democracia misma** (posibilidad que consistiría en que la CE, en cuanto norma, dejara de expresar la voluntad general).



LECCIÓN 9

PRINCIPIOS, NORMAS Y VALORES: EL PAPEL DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL. LA APLICACIÓN NORMATIVA DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN

ÍNDICE

1. EL SENTIDO DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

La **jurisdicción constitucional**:

- En el **modelo de Estado legislativo**:
  - Estaba encomendada al **Tribunal de Casación**, una institución a caballo entre un Tribunal Supremo y un Tribunal Constitucional. Su finalidad era mantener el sentido último del ordenamiento jurídico y defender la Constitución preservándola a través de órganos vinculados al legislativo.
  - Se concibe la **Constitución** como la **forma suprema de lo jurídico**. Una norma relativa a la organización y distribución del poder, no aplicable directamente, de modo que los derechos dimanantes de ella solo podían invocarse mediante la ley.
- **Evolución del modelo anterior**:
  - El fin del modelo revolucionario y la progresiva desaparición del recelo hacia los jueces originaron sistemas de control constitucional, un **Tribunal Constitucional**, que juzgaba la **validez formal de las normas**.
  - No se juzgaba la adecuación de las normas a los contenidos materiales de la Constitución.
- En el **modelo rematerializado**:
  - El **Tribunal Constitucional** juzga la **adecuación de las leyes a los principios constitucionales**.

2. LA APLICACIÓN NORMATIVA DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN: SU PAPEL EN LA SALVAGUARDA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Una de las características del **modelo de Constitución rígida** consiste en la **aplicabilidad directa** de la **Constitución** con independencia de las leyes que la desarrollan.

No obstante, y en este sentido, cabe distinguir en la propia Constitución de 1978 dos partes:

- **Núcleo duro**: conformado por los derechos fundamentales comprendidos en los **arts. 14 a 29 CE**, y el derecho a la objeción de conciencia del **art. 30 CE**.



- Son **directamente aplicables** sin necesidad de leyes que los desarrollen.
- Disponen de la **garantía privilegiada** del art. 53.2 CE (*"Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30"*), a través del procedimiento preferente y sumario ante los tribunales ordinarios y del recurso de amparo ante el TC.

- **Principios rectores de la política social y económica**: conformado por los derechos comprendidos en el **capítulo tercero de la CE**.
  - Derechos que deben ser desarrollados mediante ley.
  - No gozan de la garantía privilegiada.

Lo anterior ha conllevado a una **transformación** de la categoría fundamental de la interpretación jurídica desde los tiempos del primer positivismo: **de la subsunción a la ponderación**.

- **Subsunción**: la aplicación de la ley consiste en subsumir el caso que se juzga en el supuesto de hecho legal.
  - La subsunción es característica del positivismo.
  - En el supuesto de conflicto de normas, éstas serán mutuamente excluyentes.
- **Ponderación**: se trata de aplicar los principios constitucionales al caso concreto.
  - La ponderación es característica del constitucionalismo por principios (modelo de derecho por principios).
  - En el supuesto de conflicto entre principios, al no ser éstos mutuamente excluyentes, se deberá establecer, caso por caso, una relación de preferencia condicionada.
  - La ponderación se presenta en dos casos:
    - **General: el control de la constitucionalidad de la ley por el TC**. Ante el conflicto entre distintas aplicaciones de principios, el TC puede llegar a declarar la inconstitucionalidad de una ley.
    - **Específico y casuístico: la interpretación por el juez ordinario de una norma concreta**. Cuando una ley no parece salvaguardar adecuadamente los derechos en conflicto, el juez puede recurrir a los principios para inclinarse en favor de uno u otro en el caso concreto, a veces, incluso en contra del tenor legal.
      - El **juez** sigue estando **vinculado a la ley**. Sin embargo, en tales supuestos puede determinar argumentativamente cuál de los principios que la informan prevalece.
- **Conclusión: la ponderación no elimina la subsunción**. Antes de ponderar, es necesario subsumir, es decir, comprobar que el caso se halla incluido en el campo de aplicación de los dos principios en conflicto y, una vez hecho esto, establecer el orden de prevalencia de los principios para el caso concreto.

3. EL "ACTIVISMO JUDICIAL" Y SUS RIESGOS PARA EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD



El **activismo judicial** hace referencia a la práctica y concepción del j**uez como limitador de los demás poderes del Estado** a través de la aplicación de la Constitución y los derechos fundamentales.

La transformación expuesta en el epígrafe anterior hace pensar en la posibilidad de una **ponderación directa por parte del juez ordinario, invocando directamente los principios constitucionales, incluso en contra de la ley aplicable al caso concreto**.

- **Ventaja** de tal posibilidad: permitir un juicio de equidad en los casos difíciles, que permita sustituir la forzada generalidad de la ley por un ajustamiento a los principios constitucionales que deben inspirarla.
- **Inconveniente** de tal posibilidad: la preterición de la ley por el juez podría derivar en una extrema **inseguridad jurídica**.

Entonces, **¿cómo debe actuar el juez ordinario que entiende que la ley aplicable al caso concreto no materializa de forma adecuada los principios constitucionales?**

- En tal supuesto, es obvio que se hace necesario la ponderación (juicio sobre la ley). No obstante, la sede adecuada para realizarlo es el **Tribunal Constitucional**.
- El juez ordinario deberá plantear la **cuestión de inconstitucionalidad** para que sea el TC el que se pronuncie al respecto.

En este punto, conviene matizar que **no constituye activismo judicial** la mera **interpretación**, en las diversas posibilidades que permite la ley, que realiza el juez ordinario al colmar **conceptos legales indeterminados**. Por el contrario, **el activismo judicial se produce cuando el marco legal es rebasado**.

Conclusión: el juicio de ponderación tiene siempre como último referente la ley. Si, además, consideramos que la CE reconoce el **principio de legalidad**, sometiendo al mismo a todos los poderes públicos (incluidos el judicial); resulta que la **ponderación** se configura como **una manera de subsumir** más acorde con las evidencias de que el ordenamiento jurídico no puede ser reducido a la ley y que la Constitución es directamente aplicable.



LECCIÓN 10

TEORÍAS CONTEMPORÁNEAS DE LA JUSTICIA (I): PLANTEAMIENTO GENERAL

ÍNDICE

En este tema se tratará la distinción de dos formas de entender la **libertad** como concepto jurídico. Así, para facilitar la comprensión, debe sustituirse mentalmente el término libertad por el de **justicia**.

1. LOS DOS MODELOS BÁSICOS DE JUSTICIA: LA CONTROVERSIA ENTRE ANTIGUOS Y MODERNOS

La **distinción** de las formas de comprender la **libertad** (justicia) **entre los antiguos** y **los modernos** fue establecida por primera vez por **Benjamín Constant**. Distinción útil para **justificar los logros de la Revolución francesa** en el disfrute de una libertad política, hasta entonces desconocida, que se materializaba en:

- La proclamación y garantía de las **libertades individuales**.
- El establecimiento del gobierno propio del **modelo liberal de Estado**: gobierno representativo y división de poderes.
- **Constant** defiende la **libertad de los modernos**, frente a la libertad de los antiguos.

La distinción de estas formas de pensamiento procedentes de tradiciones filosóficas, que permiten considerarlos como modelos de la justicia, son:

- **Libertad de los modernos**: el **modelo de justicia liberal** que incorpora la **tradición individualista** de la Ilustración. La disgregación del modelo feudal llevó a intentar reconstruir el sentido del todo social reduciéndolo a sus componentes elementales: los individuos.
    - La matriz de este modelo es el **individuo**.
- **Libertad de los antiguos**: el **modelo de justicia comunitarista** que incorpora la **concepción aristotélica del cuerpo social** como algo dado de modo natural, en la que no es concebible una existencia personal/individual que no se vea continuamente referida a lo político (la sociedad).
    - La matriz de este modelo es la **sociedad**.

2. EL FUNDAMENTO FILOSÓFICO DE LOS MODELOS DE JUSTICIA LIBERAL Y COMUNITARISTA

La distinción de Constan parte de las siguientes **premisas**:

- **El gobierno representativo es la única forma de gobierno que puede proporcionar cierta libertad y tranquilidad**. En esta afirmación subyace la finalidad inmanente al modelo liberal: la **defensa de la libertad**.



- **La libertad de los modernos es un logro indiscutible de la Revolución, sin precedente histórico en ninguna organización social anterior**.

Esta **distinción de Constant** (libertad de los antiguos y libertad de los modernos) se corresponde con la **distinción** entre el **ámbito de lo público** y el **ámbito de lo privado**, que se concreta en **dos tipos de libertad**: la **pública** (colectiva o comunitaria) y la **privada** (individual).

- **Libertad de los antiguos**: el individuo era soberano sólo en los asuntos públicos. En su vida privada estaba absolutamente sometido a la voluntad de la comunidad.
    - **Contexto de las sociedades antiguas**:
        - Comunidades pequeñas en las que el individuo adquiría gran importancia.
        - Sociedades esclavistas, que permitían a los miembros libres dedicar todo su tiempo a los asuntos públicos.
        - La guerra como medio de progreso social, pero requería gran esfuerzo social.
    - **Objetivo**: el reparto del poder social entre todos los ciudadanos de una misma patria.
    - **Concreción**: en la **libertad política**. No existe libertad individual, ya que los individuos en su vida privada son súbditos del cuerpo social y su voluntad colectiva.
    - **Soberanía pública**: la libertad se concreta solamente en la **libertad política**, la soberanía corresponde a todos y cada uno de los miembros del grupo social, solo en cuanto ciudadanos del pueblo, ya que **sólo son soberanos para los asuntos públicos**.
        - Se produce un menoscabo de las libertades individuales en beneficio de la libertad política.
        - Las restricciones en los derechos individuales son compensadas por la participación en el poder social.
- **Libertad de los modernos**:
    - **Contexto de las sociedades modernas**:
        - Comunidades extensas en las que la importancia del individuo disminuye.
        - La abolición de la esclavitud implica que los miembros de la sociedad ya no disponen de tanto tiempo libre para dedicárselo a los asuntos públicos: surge la necesidad de delegar en los gobiernos estas tareas (**sistema de representación**). El sistema de representación aporta a los miembros de la sociedad libertad en su vida privada
        - El comercio como medio de progreso social.
    - **Objetivo**: la seguridad en los disfrutes privados, concibiendo la **libertad** como las garantías concedidas por las instituciones a esos disfrutes.
    - **Concreción**: en las **libertades individuales** y en la **libertad política**. Este par de conceptos diferencia el ámbito de lo público del de lo privado:
        - **Libertad pública o política**: la realización de la libertad en el ámbito de la vida pública.
        - **Libertad individual**: la realización de la libertad en el ámbito de la vida privada.
    - **Soberanía privada**: la libertad se concreta tanto en la **libertad política** como en el ejercicio de las **libertades individuales**. Se produce un equilibrio en la realización de la libertad entre la vida pública y la privada, es decir, ciudadano e individuo.
        - Los individuos dedican un mayor tiempo a la realización de las actividades de la vida privada, en detrimento de los asuntos públicos.
        - Surge la necesidad del **sistema representativo** para canalizar la participación ciudadana en los asuntos públicos, en la vida pública.



LECCIÓN 11

TEORÍAS CONTEMPORÁNEAS DE LA JUSTICIA (II): LOS MODELOS PROCEDIMENTALISTAS: JOHN RAWLS

ÍNDICE

1. LA TEORÍA DE LA JUSTICIA DE RAWLS

Introducción: **John Rawls**, uno de los autores más importantes de la filosofía moral del s. XX, pretende justificar el Estado social en términos liberal-contractualistas, mediante una reformulación de la teoría clásica del contrato social en su forma kantiana. La justicia aparece como resultado de un procedimiento que permite articular las formas estatales asegurando cierta igualdad mínima de derechos y bienes a través de la distribución de éstos.

- Pretende conseguir una **teoría de la justicia** fundada en la **razón práctica**.
- La **concepción contractualista moderna** constituye la base moral más apropiada para una sociedad democrática.
- Sus ideas básicas proceden de una **abstracción del contractualismo tradicional** encuadrado en una **construcción sistemática** que incorpora **elementos** como: la **posición original**, el **velo de la ignorancia**, la **regla del maximin**, o el **consenso entrecruzado**.

A partir de los conceptos anteriores, Ralws elabora una teoría de la justicia denominada: **teoría de la justicia como imparcialidad**.

- **Objeto primario**: la estructura básica de la sociedad: su **constitución política**. Ésta debe ser **justa**, por lo que debe descansar sobre determinados **principios de justicia**.
- **Presupuestos teóricos fundamentales**:
  - **La teoría de Rawls es de tipo formal o procedimental**: se aproxima al modelo kantiano (**deontologismo**), en el sentido de que reduce el **bien** (**criterio material**) a lo **justo** (**criterio formal**).
    - Rehabilita la **filosofía práctica**: parte del presupuesto de que los seres humanos son sujetos racionales capaces de defender sus intereses llegando a un consenso sobre un mínimo común aceptable por todos.
  - **Se refiere a las sociedades democráticas y pluralistas de la actualidad**.
    - Junto con el anterior presupuesto, perfilan una **noción de justicia no metafísica**, que busca delimitar el mínimo de una noción de justicia asumible por todos los miembros de la sociedad política, de modo que ningún modelo de vida buena sea tenido en consideración.



- **Es heredera de otras tradiciones filosófico-políticas**. Ralws apuesta por una síntesis de la tradición igualitaria de la antigua *polis* griega y de la liberal e individualista del liberalismo moderno, es decir, una **síntesis entre la libertad** (que había que sustituir mentalmente por el término **justicia**) **de los antiguos** y la **libertad** (**justicia**) **de los modernos**.

Conclusiones: la **teoría de la justicia como imparcialidad**, de John Rawls:

- Es una teoría de la justicia **no metafísica**, de tipo **formal** y **procedimental**.
- El antecedente de **su método** son los **modelos contractualistas**. Éste es capaz de establecer los **principios de justicia** necesarios para que una **sociedad democrática** y **pluralista** pueda ser tenida como **justa**, en la medida en que su **Constitución política** (estructura básica de la sociedad) esté presidida por tales principios, que respeten la libertad e igualdad de todos sus miembros.
- **Rawls se opone al** modelo del **utilitarismo**.

2. UTILITARISMO Y JUSTICIA COMO IMPARCIALIDAD

El **utilitarismo** es el modelo al que Rawls se opone con su teoría de la justicia como imparcialidad. Son **características del utilitarismo**:

- Es una **teoría teleológica**: hace **depender lo correcto de lo bueno** (**lo que se debe hacer**).
- **Lo que debe hacerse** es **aquello** que **maximice el bien para la mayoría**. El **bien** (lo **bueno**) consiste en la **satisfacción del deseo**, por lo tanto: una **sociedad** será **más justa**, cuanto más capaz sea de obtener la **mayor suma de satisfacción** de los deseos del **mayor número de individuos**. Es decir, maximizar el bien para la mayoría.
- Es una **teoría igualitarista**: lo **justo** es **lo** que así es **considerado por la mayoría**.
    - Las premisas anteriores pueden conllevar **grandes sacrificios e injusticias para ciertas minorías**, pues no se toma en consideración a las personas consideradas individualmente, sino la utilidad del conjunto.
    - Lo que la mayoría considere justo puede implicar graves injusticias para determinadas minorías.

Tras haber realizado una introducción sobre el utilitarismo, a continuación, se desarrolla cómo J. Rawls pretende mostrar que su **teoría de la justicia como imparcialidad** establece una forma más perfecta y equitativa de justificar la estructura básica social (su constitución política) y los principios de justicia que deben regirla, **en contraposición a la teoría utilitarista**.

- **Oposición teleología/deontología**:
    - **Utilitarismo**: es una **teoría teleológica**.
        - **No separa lo justo de lo bueno**: lo justo es establecido por la mayoría en la medida en la que se satisface el bien común.
        - **Criterio de bien**: lo que satisface el interés de la mayoría, incluso en detrimento de los individuales o de las minorías.
        - Considera al **individuo** como un **medio relativo a un fin**.
    - **La justicia como imparcialidad**: es una **teoría deontológica**.



- **Separa lo justo de lo bueno**: elimina así el carácter arbitrario y subjetivo de los criterios utilitaristas.
- Los derechos y libertades fundamentales de los individuos deben estar asegurados por la justicia, es decir, **asegurar unos mínimos** en la distribución de los bienes y derechos en la sociedad.

- **Carácter neocontractual de la justicia como imparcialidad**:
  - **Utilitarismo**: buscan la correspondencia de sus juicios con un cierto **sentido material** de las cosas: **la máxima utilidad para el máximo de individuos**.
  - **Justicia como imparcialidad**:
    - **Carácter contractual**: sustituye la noción de estado de naturaleza tradicional por la de posición original.
    - **Deliberación imaginaria**: sustitución de cualquier compromiso previo sobre un pretendido bien común por un procedimiento intemporal y ahistórico.
    - Establece un **procedimiento** capaz de entrecruzar los distintos intereses y de neutralizar los supuestos valores previos a dicha deliberación imaginaria surgida en el marco del procedimiento. Es decir, **no hay nada relevante a los efectos de cualquier teoría de la justicia antes del procedimiento**.

3. LA JUSTICIA COMO IMPARCIALIDAD

Si la justicia como imparcialidad tiene un **carácter contractual**, el **objeto del acuerdo** es el **establecimiento** de los **principios de justicia**.

Los puntos capitales de la teoría de la justicia como imparcialidad pueden resumirse en las respuestas a las siguientes tres cuestiones:

- **¿De qué manera es posible asegurar la equidad de la situación de deliberación, de forma que se llegara a un acuerdo capaz de ordenar con justicia las instituciones?** A esta cuestión se responde mediante los conceptos de **posición original**, el **consenso entrecruzado** y el **velo de la ignorancia**.
  - **Posición original**: la **justicia** en una sociedad democrática y pluralista deriva de un **acuerdo** alcanzado en la situación de **posición original**, consistente ésta en el **marco hipotético** en el que se adopta dicho acuerdo. Son presupuestos de la posición original:
    - Quienes adoptan el acuerdo son **individuos racionales** que buscan la **realización de su interés propio**, es decir, son individuos que tienen sus propias creencias sobre la vida buena.
    - Tales individuos se encuentran **en una posición de igualdad**, por lo tanto, no hay cabida a la imposición sobre los demás de una determinada creencia sobre la vida buena.
    - **Objetivo del acuerdo**: en base a los anteriores presupuestos, el objetivo del acuerdo adoptado en esa posición original es establecer unos principios de justicia captados por todos con independencia de las creencias particulares, es decir, **definir una concepción pública de justicia**.
  - **Consenso entrecruzado**: solo afecta a la **estructura básica de la sociedad** (constitución política), sin que tenga que corresponderse con las creencias particulares de la vida buena.



        - Consiste en acordar una **concepción pública de justicia**, es decir, mediante el **consenso**, se busca encontrar lo que hay en común entre las distintas visiones individuales de la vida buena, sin pronunciarse a favor de alguna, para elaborar una visión razonable de la estructura básica social.
        - Es una **teoría procedimental**, pues sea cual sea el contenido material de los principios adoptados, éstos serán justos en la medida en la que se haya respetado el procedimiento establecido para acordarlos.
    - **Velo de la ignorancia**. Para adoptar los principios de justicia, los miembros de la sociedad deben **apartarse de sus creencias personales** (sus concepciones sobre la vida buena).
        - Las partes, en la **posición original**, desconocen cómo les afectará individualmente los principios acordados.
        - Dicho **desconocimiento** posibilita que los principios se acuerden teniendo en cuenta el interés general.
        - Así, el **velo de la ignorancia** se corresponde con ese desconocimiento que permite que la **imparcialidad** de los participantes.
- **¿Qué principios escogerían los participantes bajo el velo de la ignorancia?** La respuesta la ofrece los **dos principios de justicia** y **su orden necesario**.
    - Las partes deben considerar al **sistema de principios** establecido como **el tribunal supremo** de apelación en materia de razonamiento práctico. Así, tales principios garantizan y aseguran la estabilidad de toda concepción de justicia acordada y, por consiguiente, la **estabilidad social**. Estos principios son:
        - **Principio de igualdad** (**primer principio**): Todas las **personas son iguales** en punto a exigir un esquema adecuado de derechos y libertades básicos iguales, esquema que es compatible con el mismo esquema para todos; y que en ese esquema se garantiza su valor equitativo a las libertades políticas iguales, y sólo a esas libertades.
            - **Principio rector** de la **asignación de derechos y deberes** (**ámbito civil y político**): libertad política, libertad de expresión y de reunión, libertad de conciencia y de pensamiento, libertad personal y la libertad frente al arresto y detención arbitrarios.
        - **Principio de diferencia** (**segundo principio**):
            - Las **desigualdades** sociales y económicas tienen que satisfacer **dos condiciones**:
                - Deben estar vinculadas a posiciones y cargos abiertos a todos en condiciones de igualdad equitativa de oportunidades.
                - Deben promover el mayor beneficio para los miembros menos aventajados de la sociedad.
            - **Principio rector** de la **distribución de las ventajas económicas y sociales** (**ámbito económico y social**), que garantiza la igualdad de oportunidades y la redistribución de la riqueza.
            - Este principio posibilita encontrar la situación más igualitaria compatible con la regla de unanimidad.
    - **Orden necesario**: el **primer principio tiene prioridad frente al segundo**. Por lo tanto, no puede justificarse violación alguna de las libertades básicas amparadas por el primer principio, apelando a unas posibles mejoras en las ventajas sociales y económicas (segundo principio).



- **¿Qué argumento sería preciso para convencer a los participantes de forma que eligieran por unanimidad los principios antedichos y no, por ejemplo, un principio de tipo utilitarista?** La respuesta consiste en **la regla del maximin**.
    - **Los individuos elegirán los principios de la teoría de la justicia como imparcialidad** por el siguiente argumento: El **principio de la diferencia** (segundo principio) se identifica con la **regla del maximín**: los miembros escogen la disposición que maximiza su parte mínima. Así, **si dos concepciones de la justicia están en conflicto y una de ellas hace posible una situación que alguien no puede aceptar, mientras que la otra excluiría esta posibilidad, entonces la segunda prevalecerá**.
        - El **menos favorecido** sabrá que su posición obtiene la máxima ventaja dentro de las desigualdades que percibe, dado que la disminución de dicha desigualdad, paradójicamente, le victimizaría aún más.
        - El **más favorecido** estará concienciado de que la pérdida que sufre estaría compensada por la cooperación de los participantes, sin el peligro que esto comportaría para su preeminencia.
    - **Los individuos descartarán un principio de carácter utilitarista** por el siguiente argumento: **el menos favorecido** sólo vería que su situación sólo se justifica en el bienestar más elevado del conjunto, lo que no sería convincente, pues como se exponía al principio del tema, el individuo mira por su propio interés.

Conclusiones:

- Ralws propone una síntesis de las tradiciones políticas del liberalismo y de la socialdemocracia.
- Garantiza las libertades políticas, la igualdad de oportunidades y la redistribución de la riqueza.
- Tiene como pretensión lograr un acuerdo que garantice que las instituciones básicas de una sociedad democrática satisfagan los términos de una cooperación social equitativa (referencia socialdemócrata), dada entre ciudadanos libres e iguales (referencia liberal).



LECCIÓN 12

TEORÍAS CONTEMPORÁNEAS DE LA JUSTICIA (III). LOS MODELOS PROCEDIMENTALISTAS: HABERMAS

ÍNDICE

1. LA RAZÓN COMUNICATIVA

Jürgen Habermas reniega también, como Rawls, a entender la justicia en términos de remisión a la vida buena. Para aquél, lo esencial es el **acuerdo** sobre las cuestiones fundamentales de la **vida pública**, clave de toda legitimidad y de toda concepción de la justicia.

Habermas se inscribe en las **constantes del pensamiento jurídico-político** de las últimas décadas:

- **La crisis de las filosofías**.
  - **Rechazo de las explicaciones ontológico-metafísicas**: Habermas coincide con Rawls en que no hay posibilidad de definir ontológicamente lo bueno/lo justo. No hay una única verdad, sino **concepciones** sobre ella que son necesario **confrontar** en un **espacio discursivo**.
  - **Rechazo de los modelos teológico-religiosos**: éstos proporcionan visiones del mundo muy rígidas y, por lo tanto, propensas al enfrentamiento con otras.
  - **Rechazo de la antropología**: para Habermas no existe reflexión alguna sobre la naturaleza humana.
- **La crisis de la legitimación del Estado contemporáneo**. La desintegración de determinados factores de unidad tradicionales y la aparición de nuevos factores desestabilizadores:
  - Conllevó que las viejas **ideas nacionales no cumplieran** ya adecuadamente la **función legitimadora**.
  - Conllevó que la **permeabilidad entre culturas** y los roces surgidos entre ellas, obligara a establecer un **espacio común** de concurrencia de todas las visiones, sin que se excluyera en principio a ninguna de ellas.
- **La incapacidad del positivismo jurídico**. Su modelo de racionalidad (la **racionalidad instrumental**) se despreocupa totalmente del problema de los fines sociales, reduciendo la cuestión a los medios que deberían conducir a ellos, arrojando el resultado de que el modelo social vigente en cada momento no puede ser cuestionado, al no existir herramientas teóricas exteriores a él mismo que permitan hacerlo

La **teoría de Habermas** recibe el nombre de la **teoría de la acción comunicativa**, que consiste en una **reformulación del imperativo categórico** de Kant, el cual se formulaba: *"obra únicamente según la máxima que hace que puedas querer al mismo tiempo que ella se convierta en ley universal"*. La **reformulación de Haberma**s consiste: *"en lugar de proponer a todos los demás una máxima como válida y que quiero que opere como una ley general, tengo que* ***presentarles mi teoría al objeto de que quepa hacer la comprobación***



***discursiva de su aspiración a la universalidad**. El peso se traslada, desde aquello que cada uno puede querer sin contradicción alguna como ley general, a lo que todos de común acuerdo quieren reconocer como ley universal"*.

- **Pragmática universal del lenguaje**: la **razón práctica** tiene un **uso comunicativo**. Se plantea una situación de comunicación en el **espacio de lo público**, cuyo objetivo es suscitar el **consenso universal** entre los sujetos intervinientes.
    - **Pragmática**: el uso del lenguaje no es teórico ni está destinado a descubrir lo verdadero. Por el contrario, el **uso del lenguaje** está destinado a **proponer lo más aceptable** por la comunidad de hablantes, sometiendo los enunciados a la única prueba del **consenso de sus destinatarios**.
    - **Universal**: la **función comunicativa** es **inherente** al **lenguaje humano**, por lo tanto, todos pueden participar de ella. Así, los **acuerdos adoptados** pueden considerarse **inteligibles** y **aplicables universalmente**.
    - **Finalidad**: buscar las condiciones del **uso pragmático del lenguaje**. La razón práctica pasa a ser **razón comunicativa**, que es el medio lingüístico mediante el cual se concatenan las interacciones y se estructuran las formas de vida.
- El **uso del diálogo** evita posturas demasiado firmes. Así, **lo importante** no es lo dicho (el contenido del mensaje), sino **el diálogo** (el **acto de decir**). Diálogo que debe ser **abierto** y tender a la **universalización**.
    - Lo importante es la **forma dialógica del discurso**.
    - La función principal del lenguaje es ser **herramienta de entendimiento**.
- **Desactivación de las creencias fuertes/individuales de la vida**: no puede haber situaciones de opresión institucionalizada, pues, al igual que en la teoría de Rawls, los sujetos se apartan de sus creencias sobre la vida buena para alcanzar un acuerdo social que permita la convivencia civilizada.
- **Oposición a la exacerbación de la libertad de los modernos y de la libertad de los antiguos**: Habermas se niega a aceptar que los intereses estrictamente individuales (liberalismo/libertad de los modernos), o los fines colectivos (comunitarismo/libertad de los antiguos), sean una forma argumental. Es decir, **el fin de la pragmática universal no es cualquier acuerdo**.
    - **Rechazo del liberalismo burgués clásico**, que consistía en considerar lo social como una multiplicidad de individualidades autónomas, relacionadas entre sí, a través del mercado y de un sistema formalizado de derechos subjetivos, para el cual todo planteamiento de una justicia situada más allá de ese marco elemental y de su defensa, se consideraba una interferencia en la libertad individual. **El motivo del rechazo consiste en que la anterior postura lleva a un individualismo extremo**.
    - **Rechazo del comunitarismo**, que plantea el discurso sobre la justicia en términos de vida buena o de virtudes éticas que van más allá de lo individual. **El motivo del rechazo consiste en que esta postura tiende a subordinar los derechos a las formas colectivas de su ejercicio**.

2. FACTICIDAD Y VALIDEZ

El **núcleo duro** de la **teoría de la razón comunicativa**, de Habermas, está constituido por la necesidad de ligar los ámbitos de la **capacidad del Estado para imponer sus normas** y el de la **necesidad de fundamentarlas**: dicha vinculación viene dada por los **derechos fundamentales**.



- Los **derechos fundamentales** solo son concebibles cuando existe un **Estado de derecho**: una constitución y unos ciudadanos.
- Son el **instrumento** necesario para **mediar entre** el ámbito de la mera **validez** y el de la **facticidad**:
    - **Ámbito de la validez**: necesidad de que toda norma se imponga desde una **aceptación racional** por parte de sus destinatarios.
    - **Ámbito de la facticidad**: el hecho de que el Estado se halla en condiciones de **imponer coactivamente la obediencia** a sus normas.
- **Lo justo** se concibe como una **confluencia** en la vida pública de diversas **concepciones** de lo **bueno** y de lo **justo** (renunciando a definir un modelo de vida buena), presidida por la **sustitución del derecho natural por la idea de derecho**.
    - El **derecho** cumple la función de mediar entre los ámbitos de la validez y la facticidad, permitiendo que la **fundamentación del derecho** se **abra** a la argumentación **moral**, pero sin disolverse en ella.
    - Es decir, se plantea la **imposibilidad de separar derecho y moral**: la **complementación** entre **moral autónoma** (entendida como normatividad universal, distinta de la ética) y **derecho positivo**.
        - En el momento en el que la vigencia del Derecho pierde toda relación moral con los aspectos de justicia; la identidad del derecho mismo se torna difusa.
        - La moral se incardina en el interior del derecho positivo, sin agotarse en el mismo, y es de naturaleza procedimental. Así, derecho procedimental y moral procedimentalizada se controlan mutuamente.
        - **Conclusión**: el derecho actúa como un complemento funcional de la moral. Los derechos fundamentales abren al discurso moral, aunque no se reducen a él. Diferenciándose así de:
            - **El iusnaturalismo**: pues, el derecho no se subordina a la moral.
            - **Teoría de la justicia como imparcialidad (Rawls)**: pues el derecho no es ajeno a la moral.



LECCIÓN 13

TEORÍAS CONTEMPORÁNEAS DE LA JUSTICIA (IV): LA HERMENÉUTICA

ÍNDICE

1. PLANTEAMIENTO GENERAL DE LA HERMENÉUTICA

La **hermenéutica** (**arte de la interpretación**) es una de las concepciones sobre la justicia más importantes. Pero antes de abordarla, es adecuado realizar un pequeño repaso del tema 1, sobre los **tipos de reducciones**:

- **Reducción ontológica**: lo que existe es un supuesto ser real del derecho, que prima sobre lo que se dice del mismo.
- **Reducción epistemológica**: lo importante es lo dicho del derecho, que prima sobre lo que es.
- **Reducción lógica**.

La **hermenéutica refuta** esa **disparidad ontológica/epistemológica**, reconociendo que ambos planos están íntimamente relacionados: **lo que se dice remite a una realidad que, a su vez, solo puede ser determinada cuando es dicha**: el ser (plano ontológico) no puede reducirse al lenguaje, sino que solo puede ser comprendido en cuanto es dicho.

2. COMPRENDER Y EXPLICAR: LA HERMENÉUTICA NO ES SÓLO UNA EPISTEMOLOGÍA

La **hermenéutica no es sólo una epistemología** en cuanto tiene **en consideración** al ser en tanto que real, como en tato que dicho. Es decir, tanto en el **plano ontológico**, como en el **plano epistemológico**.

- **Reconocimiento de la anterioridad existencial de lo que son las cosas respecto del modo en que son conocidas**: Para la hermenéutica, el **sujeto** y el **objeto de conocimiento**, antes de ser tales, son dos seres que existen realmente/ontológicamente y que se relacionan entre sí inmersos en un mundo de tradiciones y modos culturales que ambos comparten.
- **Surge una nueva dualidad**, que se corresponde con la anterior ontológico/epistemológico:
    - **Comprensión**: consiste en saber qué son las cosas. Se corresponde con el **plano ontológico**.
    - **Explicación**: consiste en saber si podemos conocer las cosas y la forma de hacerlo. Se corresponde con el **plano epistemológico**.



- **Huida de los reduccionismos**, tanto del ontológico al epistemológico, como viceversa: la **dualidad comprensión/expresión**, permite evitar tales reducciones. En la hermenéutica, **para comprender es necesario explicar y, para explicar, es necesario comprender**.
    - La **comprensión** y la **explicación** constituyen dos **momentos** indivisibles y recíprocos del **saber hermenéutico**.
    - **Conclusión**: para finalizar este epígrafe, se reitera la premisa con el que se abría, la **hermenéutica no es sólo una epistemología**, pues **recupera el momento ontológico**.

3. LA VERDAD Y EL MÉTODO: LA HERMENÉUTICA NO ES SÓLO UN MÉTODO

La **contraposición** de los conceptos **verdad** y **método** expone la doble tarea, comprensiva (ontológica) y expresiva (epistemológica), de la hermenéutica contemporánea:

- **Verdad**: hace referencia al **aspecto ontológico**, el ser real de las cosas.
    - Suele abordarse desde la relación fundamental de pertenencia a una **experiencia histórica**.
    - El conocimiento no puede darse de forma abstraída de su referente histórico. Es decir, el **sujeto** (que comprende), al estar inmerso en un contexto histórico, **conoce desde** los **prejuicios** de éste.
- **Método**: hace referencia al **aspecto epistemológico**, el **modo de conocer** esa relación fundamental de pertenencia a la **experiencia histórica**.
    - La hermenéutica no rechaza el método, ni el conocimiento científico, sino que **sólo rechaza la pretensión de reducir toda verdad a un proceso de conocimiento**, olvidando la experiencia histórica.

Conclusión: la **hermenéutica tampoco es sólo un método**, pues toma en cuenta la **experiencia histórica**: experiencias vitales irrepetibles, singularidades o genialidades de las ciencias del espíritu, etc.

4. LA OPCIÓN HERMENÉUTICA POR LA VERDAD

Gadamer, el autor más importante de la hermenéutica, partía de la idea de que lo propio de las ciencias humanas era la **experiencia histórica**, de la que, tanto intérprete (sujeto) como texto (objeto de conocimiento), participan.

- Todos nos encontramos, desde el comienzo de nuestra existencia, inmersos en **tradiciones y culturas**.
- Esa **experiencia histórica** es el **aspecto ontológico** en la hermenéutica. A partir de aquella, puede hablarse de una **verdad**, que se contrapone al método (epígrafe anterior), que se caracteriza por:
    - Ser siempre **lingüística**.
    - **No dividir arbitrariamente el sujeto del objeto** (el intérprete del texto; el hecho del derecho).
    - **No venir determinada por el método** con que nos acerquemos a dicha verdad.

La hermenéutica efectúa una **reconquista de la dimensión histórica**, que Gadamer la expresaba tal como sigue: ***"la historia me precede y adelanta mi reflexión; yo no pertenezco a la historia antes de pertenecerme"***.

- La **historia**, como experiencia dada, es el **hecho fundamental** e irreductible



- Las **cuestiones epistemológicas** son meras cuestiones **derivadas** del plano ontológico fundamental (la **experiencia histórica**). Planteamiento que se opone al positivismo epistemológico, el cual pretendía objetivar a consta de un mayor distanciamiento con lo real.

Sin embargo, la **filosofía de Gadamer** era **excluyente** en el sentido de que se optaba por el **método o** por la **verdad**.

- Si se optaba por el **método** (epistemología), se perdería de vista la densidad ontológica de la realidad estudiada.
- Si se optaba por la **verdad** (ontología), se renunciaba a la pretensión de objetividad en las ciencias humanas.

5. EL PREJUICIO DE LA ELIMINACIÓN DEL PREJUICIO

El **debate** que enfrentó la postura **hermenéutica de Gadamer** con la **epistemológica de Habermas**, evidenció las **ventajas** e **inconvenientes** de aquella:

- **Postura de Habermas**: **no puede aceptarse la verdad ingenuamente**, sino que es preciso detectar cuanto de ideología y de opresión manipuladora existe en los textos históricos.
  - Una vez localizadas, puede el sujeto **abstraerse de las fuerzas transformadoras de la realidad**.
  - Las tradiciones culturales no deben ser asumidas sin más.
  - La pureza de la realidad a interpretar debe ser decidida por la comunidad de intérpretes, pero no darla como previamente supuesta.
- **Postura de Gadamer**: **alejarse del contexto social en el que se elaboraron esos textos históricos no facilita la crítica efectiv**a, por mucho que se crea el sujeto libre de prejuicios. La postura de este filósofo viene a expresarse como la aceptación de que uno está en el juego para, eventualmente, poder alterar sus reglas.
  - **Comprender el contexto social no significa conformarse** con la autoridad ni con la tradición, sino tenerlas en consideración y situarse frente a ellas.
  - Pretender situarse en una posición ajena a la experiencia histórica en la que nos encontramos y que nos constituye, como pretende **Habermas**, consiste en sí mismo **un prejuicio** de los que quiere evitar: **el del que es posible librarse de los prejuicios**.
  - Lo que pretende la hermenéutica es reconocer, tanto a la postura ontológica como a la epistemológica, que **cada una habla desde un lugar diferente**. Y que, por lo tanto, **deben reconocerse recíprocamente**.
    - Dicho reconocimiento requiere de un **espacio común** que admitiese analógicamente cada una de estas posturas como dos momentos esencialmente distintos dentro de un único proceso de interpretación de lo real.

6. SENTIDO DE LA HERMENÉUTICA JURÍDICA

Lo **jurídico** se expresa en **textos**, que son **manifestaciones del lenguaje** fijado para su **preservación** en el tiempo y en el espacio, sin que dicha estabilidad sea total. Así, el **ámbito de lo jurídico** queda **abierto** mediante



la **interpretación**, a través de la que **se actualiza**, ante la necesidad de particularizar situaciones definidas de modo general y abstracto al caso concreto.

- El Derecho adquiere su **realidad** a través de esa **continua actualización**.
- Actualización de la **norma** abstracta en un **hecho** concreto que se realiza conforme a un **valor supranormativo**. Lo que diferencian los **diferentes aspectos** de la unidad compleja que es **lo jurídico**: **normas**, **hechos** y **valores**.

Recapitulación: **la hermenéutica no es solo un método,** porque:

- **Recupera el momento ontológico**: la comprensión de lo jurídico dentro de un contexto histórico y cultural que determina nuestra comprensión de lo jurídico.
- Lo jurídico debe comprenderse en su **continua actualización**: la interrelación del elemento objetivo/normativo del texto con cada uno de los hechos que conforman la historia común de la que participan tanto el propio texto como sus intérpretes.
- Como consecuencia de la actualización, la hermenéutica jurídica **permite entender** cada uno de los **aspectos de lo jurídico** (norma, hecho y valor) **en su orden epistemológico propio**, siendo todos ellos realmente jurídico.



LECCIÓN 14

TEORÍAS CONTEMPORÁNEAS DE LA JUSTICIA (V). EL RETORNO A LO JUSTO MATERIAL

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN

La noción de lo **justo material** adquiere su significado por oposición a la noción de lo **justo formal**. ¿Qué es lo material y lo formal de lo justo? Comprender lo justo material y lo justo formal como si se tratase de dos cosas diferentes es el producto de una **escisión arbitraria** entre ambos componentes de lo justo.

- Se trata de una **escisión arbitraria** porque **no** está **justificada**. La filosofía jurídica hablaba de **forma** y **materia** de forma separada, sino como **dos aspectos distintos dentro de una única realidad**: **lo jurídico**.
  - Para **Aristóteles**, la **justicia** es una disposición o adquisición de una práctica que **se concreta** en lo **justo de una relación** (entiendo por tal la justa parte que recibe cada uno de los términos de dicha relación) y, por lo tanto, **no es reducible** a sus solos componentes materiales o formales.
  - Así, los teóricos que **utilizan solo el criterio formal o el criterio material** de la **justicia**, presuponen la **quiebra** de ésta.
- Escisión arbitraria que nos lleva a una **reducción**:
  - **De tipo epistemológica**: cuando se prima el aspecto formal frente al material.
  - **De tipo ontológica**: cuando se prima el aspecto material frente al formal.
- Lo **justo material** que aparece en la teoría contemporánea de la justica como una **reacción ante las formalizaciones procedimentales** de ésta, tratando de incorporar un **criterio material de justicia** que evite la excesiva abstracción o formalización.

2. LO JUSTO SEGÚN LA FILOSOFÍA JURÍDICA ARISTOTÉLICA

En la filosofía jurídica aristotélica **lo justo** es sinónimo de **lo jurídico**, y se definen como el hecho de una **relación justa** entre personas o entre personas y bienes, que les **vincula eficazmente**.

El **criterio de igualdad** o **justicia** variará según la relación de que se trate (justicia conmutativa en las relaciones privadas, justicia distributiva en las públicas…).

La estructura de lo justo/lo jurídico implica siempre el hecho de una **relación de justicia** en la que se pueden distinguir los siguientes **aspectos**:



- **Aspecto material**: consiste en el hecho de **la relación**, siendo ésta concreta y referida a unos determinados bienes y sujetos.
- **Aspecto formal**: consiste en la **norma**, regla o ley. Es decir, el **criterio de igualdad** empleado en la relación.
- **Aspecto eficiente**: consiste en los **sujetos que intervienen** en la relación, en la medida en **que se relacionan entre sí**. Es decir, aunque los sujetos son componentes materiales de la relación, **son eficientes** en cuanto **uno da** la prestación y el **otro** la **recibe**, y viceversa, en el supuesto de contraprestación.
- **Aspecto final**: consiste en **el fin de la relación y de los componentes** de ésta; el ¿para qué?
    - **Prima sobre los otros** tres aspectos de la relación, ya que en toda actividad lo más importante es el fin.
    - Según Aristóteles, **todo fin presupone un bien** (actuamos conforme a un fin que creemos bueno, ya sea real o aparente). Así, si toda relación comprende un aspecto final, que presupone un bien; **la justicia** (relación de justicia) presupone **la más excelente de las virtudes**.

Aunque, el aspecto final prima frente a los demás, **todos ellos** (los cuatro aspectos) siguen siendo **componentes inescindibles** entre sí **de la virtud de la justicia**. Y, **cuando tienden a escindirse**, es cuando se producen las **reducciones**:

- **Reducción de tipo material**: se considera a la justicia bajo el exclusivo aspecto fáctico, asimilándola al simple hecho social sin ninguna consideración normativa. Doctrina del **positivismo empírico** o **sociológico**.
- **Reducción de tipo formal**: se considera a la justicia bajo el exclusivo aspecto formal, es decir, desde un punto de vista estrictamente normativo o legalista. Doctrina del **positivismo jurídico**.
- **Reducción eficiente**: se considera a la justicia como sustentada en la sola voluntad de las partes intervinientes en la relación, reduciéndose el objeto de esta última a aquella.
- **Reducción finalista**: conlleva una moralización del derecho, es decir, la reducción de los diversos aspectos de la relación jurídica a un supuesto bien trascendente.

3. LA CONSIDERACIÓN FORMAL DE LO JUSTO Y EL INTENTO DE RECUPERAR UN CRITERIO MATERIAL DEL MISMO

El debate contemporáneo se entabló entre las siguientes concepciones de lo justo:

- **Concepción aristotélica**: lo justo/lo jurídico es, como se ha visto antes, aquello que se da en la **conjunción** de lo bueno (aspecto **material**) y lo legal o normativo (aspecto **formal**). Ambos aspectos, junto con el final y el eficiente, son componentes inescindibles de lo justo/lo jurídico.
- **Concepción de los teóricos contemporáneos de la justicia**: lo justo parece reducirse, bien a lo bueno (reducción material), bien a lo legal (reducción formal).
    - **Perspectiva de tipo material de la justicia**:
        - Representada sobre todo por el **utilitarismo** y por los **pensadores neoaristotélicos**.
        - Se trata de una **corriente de pensamiento de tipo teleológico**. Siguen considerando la noción de justicia como una virtud, cuyo sentido último es orientar la acción



humana hacia una perfección de la que la noción popular de felicidad ofrece una idea aproximada.
    - **Problema**: la **ambigüedad** en la definición de las nociones de **justicia** y **bien**. Lo que hizo que buena parte de la doctrina contemporánea, como Habermas o Rawls, optaran por eliminar toda base teleológica: la separación de lo justo con respecto a lo bueno.
- **Perspectiva de tipo formal de la justicia**:
    - Trata de recoger el rasgo común de todas las teorías deontológicas (que separan lo justo con respecto a lo bueno) de la justicia a partir de Kant., para **eliminar el carácter contingente, arbitrario y subjetivo** de la ambigüedad/equivocidad referida en el apartado anterior.
    - La separación de lo justo de lo bueno se ha articulado a través del **procedimiento formalizado**, cuya función es evitar cualquier apelación a lo bueno en el diseño de los contenidos fundamentales de la justicia.
    - **Problema**: la **excesiva formalización** de la justicia ha traído como contrapartida el resurgimiento de la concepción aristotélica en una nueva forma: la **noción de lo justo material**, que trata de evidenciar cómo la reducción formal de lo justo conlleva implícitamente un cierto punto de vista teleológico, sin el cual no podría comprenderse un criterio de justicia que participa a la vez de lo legal y de lo bueno.

La **recuperación del criterio material de lo justo** ocurre con la **eticidad** que, en virtud de lo detallado sobre la noción de lo justo material, permite afirmar que: **toda teoría de la justicia, incluido la kantiana, encierran una mínima precomprensión del bien, un mínimo sentido de la vida buena, de la justicia en sentido material**. De lo que se infiere que, cualquier criterio formal de justicia a lo más que puede llegar es a proporcionar la formalización de un sentido de la justicia conforme a un criterio de bien, que se presupone continuamente, pero que no se hace explícito.

Así, se trata de volver a **unificar lo formal y lo material**, **cada uno en su lugar propio**, ante la escisión expuesta en temas anteriores entre tales aspectos. Unidad que es característica de la **concepción aristotélica**, como se comentó al principio de este tema.



LECCIÓN 15

LA MUNDIALIZACIÓN Y LA UNIVERSALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

ÍNDICE

1. LA MUNDIALIZACIÓN

La **mundialización** o **globalización** hace referencia a un conjunto amplio de **transformaciones políticas** y **económicas**, de entre las que podemos destacar por la temática de la lección:

- La **eliminación** de las barreras asociadas a las **fronteras**, características de la forma política del Estado-nación. Sus **principales causas**:
  - La **revolución tecnológica**, que permite la circulación de ideas, personas y capitales de un lugar a otro del mundo con mucha facilidad y rapidez.
  - La **caída de la Unión Soviética**, que dio paso a la instauración de regímenes democráticos en los estados que la conformaban.
  - La **universalización del capitalismo**. El poder económico se deslocaliza y los flujos de capital y los flujos financieros se desplazan con absoluta libertad por todo el planeta.
- La aparición de dos **tendencias contrapuestas** en el **aspecto cultural**, que ha reactivado la contraposición liberal-individualismo y comunitarismo:
  - **Tendencia centrípeta**: la progresiva homogeneización de las costumbres en su aspecto más externo, inspirada en las occidentales (sobre todo estadounidenses).
  - **Tendencia centrífuga**: la agudización de las diferencias de tipo étnico. La exacerbación de la identidad étnica frente a una nivelación que tiende a asimilarlo todo a patrones comunes demasiado genéricos.

Las anteriores transformaciones políticas y económicas resumidas han conllevado como efecto a la **inestabilidad de los elementos que configuraron el modelo de Estado-nación**:

- **Territorio**: las fronteras que lo definían han sido superadas por la movilidad antes dicha.
- **Pueblo**: pierde progresivamente los elementos de identidad que lo diferenciaba de otros, como consecuencia de los grandes desplazamientos de población y la progresiva homogeneización de las costumbres (tendencia centrípeta).
- **Gobierno**: la aparición de instituciones transnacionales que han conllevado una pérdida de soberanía, del poder de gestión de los gobiernos, llevando a hablar incluso de una única política económica posible.



2. ALGUNAS PERSPECTIVAS CRÍTICAS SOBRE EL PROCESO DE MUNDIALIZACIÓN

La **mundialización** lleva consigo asociada la **tendencia** hacia la **universalización** de los **derechos humanos**. No obstante, tras el establecimiento de un marco general y las vías de protección, empieza a surgir un **proceso de particularización** (dentro de esa tendencia hacia lo universal) para extenderlos a grupos definidos por criterios más concretos: niños, emigrantes, mujeres…

El propósito de todas las declaraciones al respecto, el de **la universalización** de los derechos humanos, **no se refleja en la realidad**. Así encontramos:

- Una tendencia hacia la ampliación de la brecha entre ricos y pobres, concentrándose los recursos cada vez en menos manos.
- Que la mayor parte de los países del mundo carecen de regímenes democráticos, por lo que no existe ni puede garantizarse los derechos humanos.

El **proceso de mundialización**, según la **profecía de Fukuyama**, alberga la creencia en que según el aumento del nivel de vida en los países no occidentales vaya consolidándose, gracias al **reparto de recursos que el libre mercado** mundializado genera, sus **regímenes políticos** irán evolucionando hacia **formas democráticas**, que redundarán en un **progresivo respeto** hacia los **derechos** (humanos).

Las **críticas sobre el proceso de mundialización** cuestionan los diferentes aspectos de la creencia anterior:

- **La supuesta extensión universal del sistema democrático es falsa**. En realidad, lo que se expande es el **sistema de libre mercado**, cada vez más liberado gracias a la desregulación financiera (las ataduras del Estado de bienestar).
    - Se trata de una **pretendida equiparación** entre **democracia** y **libre mercado** (sistema económico capitalista).
    - **Fundamento de la crítica**: se produce una **subordinación de los derechos y libertades a la economía**, hasta el punto de reducirlos a meras variables del sistema económico mundial.
- **La riqueza y el nivel de vida en los países beneficiarios de la mundialización tienden a crecer**. Sin embargo, ese aumento de riquezas y del nivel de vida **se concentran en pocas manos**.
    - **Fundamento de la crítica**: la mayoría de esos estados beneficiarios poseen regímenes sólo formalmente democráticos o, incluso, **carecen** de toda forma **de democracia**.
- **Los países democráticos occidentales son la referencia**. No obstante, esa pretendida equiparación entre democracia y sistema económico capitalista ha conllevado como consecuencia a la **primacía de lo económicamente viable**.
    - **Fundamento de la crítica**: dicha primacía ha conllevado un **progresivo deterioro de la defensa de los derechos y libertades** en estos países occidentales.
- **El pluralismo, característica fundamental de toda democracia, depende de la libertad de información**. Sin embargo, de nuevo, al primar lo económicamente viable, aquél, y con ello la democracia, quedan comprometidos.
    - **Fundamento de la crítica**: la supuesta **libertad** para **fundar medios de información** resulta ilusoria, pues en la realidad, dicha práctica **la ostentan unas pocas empresas en régimen de oligopolio**. Y el único medio, la Red/internet que posibilita una verdadera circulación libre de



información, se halla controlado y sometido a prácticas que, con el pretexto de la seguridad, **violan la intimidad de los ciudadanos** de todo el mundo.

Conclusiones:

- **Pretensión inicial de la mundialización**: la concurrencia de todos los agentes económicos del planeta en un mercado común con capacidad para distribuir adecuadamente los recursos.
- **Realidad**: una **mundialización gobernada**, que consiste en que las grandes empresas transnacionales únicamente velan por sus intereses propios.
- Los mismos **mecanismos** generados por la **mundialización** están siendo, en buena parte, los **responsables** de la **imposibilidad** de conseguir una **mejora** de la situación **mundial** en materia de **derechos humanos**.

3. LA CRISIS DE LA UTOPÍA ILUSTRADA

La **utopía ilustrada/kantiana** es, esencialmente, jurídico-moral. Se basa en el ideal optimista de un **continuo progreso hacia lo mejor**.

- Tras la liberación del Antiguo Régimen, ese continuo progreso hacia lo mejor hace que los distintos **pueblos tiendan** a su asociación (**sociedad universal**) **pacífica** para conseguirlo.
- Los **factores económicos** colaboran, mediante el intercambio comercial, a que dicha sociedad universal se dé.

La **crisis de la utopía ilustrada** se debe a la evolución acontecida en el último siglo, y se resume en las siguientes críticas a la misma:

- **Crítica marxiana**: la mera emancipación del feudalismo y la adquisición de estructuras formalmente democráticas **no** produce una **efectiva liberación** (del Antiguo Régimen).
  - El **igualitarismo liberal**:
    - Tiende a **olvidar** la esencial **desigualdad social** existente en su **base**.
    - **No garantiza la paz**. La expansión mundial conduce a la **lucha por los mercados**.
  - Conllevó el surgimiento de:
    - El **socialismo real** (experimento de la Unión Soviética). Que entró en **crisis** por su desprecio de las libertades y su extrema ineficacia.
    - El **Estado social y las políticas de bienestar**. Que se encuentra en **crisis** por, según las críticas neoliberales, la deficiente gestión pública de los recursos.
- **Crítica del pensamiento débil**: **crisis** del núcleo común de los proyectos ilustrados: la pretensión de comprender de **forma unitaria** los **procesos jurídicos, políticos y sociales**. Que se manifiesta en:
  - **La imposibilidad de concebir todavía el Estado y la sociedad como un todo coherente**. La complejidad de lo estatal y de lo social ha crecido, diversificándose cada vez más, dejando de concebirse como un sistema. Por el contrario, aparece un **conjunto de subsistemas independientes, imposibles de reducir a la unidad**.
  - Esa imposibilidad de reducción de la diversidad a la unidad conlleva la **imposibilidad de proporcionar un modelo explicativo para lo jurídico y lo social**.



En relación con el tema, esta crisis produce unos **efectos sobre los derechos humanos**, que son los expuestos en el epígrafe segundo.

4. DERECHOS HUMANOS, DERECHOS FUNDAMENTALES Y CIUDADANÍA. EL CONSTITUCIONALISMO MUNDIAL

En la exposición de este epígrafe partimos del ejemplo de **la situación actual de Europa**: la creación de un **espacio común** de defensa de los derechos, integrado por los estados democráticos de la UE con organismos judiciales efectivos para la defensa de aquellos derechos. Incluso existe la **ciudadanía europea**, que lleva aparejada determinados derechos reconocidos y defendidos por todos los estados miembros de la UE.

Thomas Marshall resumió en su obra *Ciudadanía y clase social* la **evolución de la ciudadanía** desde la Revolución francesa en **tres fases**:

- Los **derechos civiles**, surgidos durante el s. XVIII.
- Los **derechos políticos**, surgidos en el s. XIX.
- Los **derechos sociales**, surgidos en el s. XX.

La **ciudadanía**, como surgió tras la Revolución francesa (perspectiva ilustrada), era el medio idóneo para hacer realidad el efecto emancipador de los derechos: su extensión universal.

Sin embargo, esa concepción se ve frustrada **al quebrarse la homogeneidad y la estabilidad de las sociedades** de entonces. Así, en sociedades llenas de inmigrantes, nos encontramos con ciudadanos y con no ciudadanos, que implica tener acceso o no a diversos derechos y recursos. Por lo tanto, la **ciudadanía** se convierte en un **elemento discriminador** que limita el ejercicio de los derechos políticos y sociales. **Consecuencias**:

- Imposibilidad de reducir los derechos del hombre a los derechos del ciudadano. Por lo que hay que distinguir entre **derechos humanos** y **derechos del ciudadano**.
- Imposibilidad de basar en la ciudadanía la lucha por los derechos y por la democracia en nombre del universalismo.

Las consecuencias anteriores plantean el **problema** cómo realizar la **universalización de los derechos humanos**, más allá de retóricas basadas en los supuestos efectos redistributivos del mercado. Dicha pretensión la aborda **Ferrajoli** con su **constitucionalismo mundial**.

- **Premisa**: El **obstáculo** para la mundialización de los derechos humanos es, en la actualidad, el entendimiento restrictivo del ciudadano (la **ciudadanía como elemento discriminador**).
  - **Los derechos del hombre**: son la clave del universalismo.
  - **Los derechos del ciudadano**: operan restrictivamente, pues son los que definen la ciudadanía del individuo miembro de un Estado determinado.
- **Soluciones**:
  - Revitalizar el papel del hombre, en cuanto ser humano y no como miembro de una sociedad.
  - Limitar la soberanía estatal en aras del establecimiento:
    - En el exterior: de garantías jurisdiccionales contra las violaciones de la paz.



- En el interior: de garantías jurisdiccionales contra las violaciones de los derechos humanos.
- Tomar los derechos humanos como indisponibles por el mercado.

Sin embargo, aceptar la premisa de que los derechos no pueden estar sometidos al albur del mercado implica desconocer que su garantía sólo es posible si hay suficientes bienes y medios disponibles. Y ya vimos en temas anteriores que un derecho es posible existe si también existe su garantía. Así, a pesar del optimismo de Ferrajoli y su constitucionalismo mundial:

- Es más fácil universalizar un sistema internacional para la represión de los crímenes contra la humanidad que asegurar determinados derechos como la educación o la alimentación.
- No es posible hurtar los derechos al mercado, ni evitar la desigualdad que este genera (como se abordó antes) mediante cambios puramente jurídicos.

5. LA CLAVE PROFUNDA DEL PROBLEMA: EL MODELO DE CRECIMIENTO ILIMITADO

El **modelo del crecimiento ilimitado** es un **prejuicio/mito** cuya premisa se encuentra en la siguiente afirmación: sólo un **crecimiento continuo** del **producto interior bruto** permite asegurar la **estabilidad** de un **sistema económico** y la **felicidad** de una población. Sin embargo, este modelo conlleva la siguiente **problemática**:

- Un crecimiento ilimitado conlleva **consecuencias peligrosas**: un consumo suntuario; el aumento de la especulación; el aumento de la contaminación…
  Ante la problemática del crecimiento ilimitado, surgen otras posturas como **la economía del decrecimiento**. Según ésta, la **mundialización del capitalismo tiende a reducir todo a un modelo productivista**, que elimina las formas sociales y políticas (el bienestar humano) a la necesidad de producir en cantidad creciente de bienes y servicios.
- Al medir el **nivel de vida** en términos de **derechos abstractos con contenido** básicamente **económico** (**reducción cuantitativista**), se están traduciendo los derechos a términos puramente económicos y, por lo tanto, **ignorando** la evidencia de que el **bienestar no se mida igual** en unas culturas que en otras.
- La **universalización de los derechos**, traducidos a términos económicos, extenderlos a todos los pueblos. Pero como se ha eliminado toda referencia a lo social/al bienestar, la **equiparación pretendida** contabiliza como crecimiento y bienestar toda producción, aunque sea dañina para dicho bienestar en términos sociales: contaminación, armas, drogas, agresiones medioambientales, la concentración de recursos en pocas manos…

La **economía del decrecimiento** mantiene que podrá **revertirse la problemática** descrita mediante una **reducción drástica** de los **sistemas productivos** y de los **hábitos de consumo**.

- Los empleos perdidos se recuperarían a través de actividades vinculadas al medio ambiente y a los sectores económicos tradicionales.
- **No se produciría un empobrecimiento**. Pues en el modelo de crecimiento ilimitado se parte de la **premisa errónea** de concebir la disminución de la capacidad adquisitiva como una pérdida cualitativa



de bienestar, cuando, según la economía del decrecimiento, sólo supone deshabituarse a la pulsión de trabajar cada vez más para adquirir y renovar continuamente bienes superfluos.

- **Importantes ganancias**: aumento del tiempo libre, de los servicios sociales, y un entorno medioambiental más limpio.
- La economía del decrecimiento entonces, más que de una economía, se trata más bien de una **nueva política/ética** frente a la reducción neoliberal del mundo, en la que predomina lo económico.
- **Conclusión**: si el diagnóstico de esta política es correcto, la **mundialización** podría comenzar a ser un **fenómeno de cooperación mundial**.



LECCIÓN 16

PLURICULTURALISMO Y MULTICULTURALISMO

ÍNDICE

1. El problema de la integración de los inmigrantes

Las transformaciones económicas y políticas derivadas de la mundialización (tema 15) replantean la cuestión de la **convivencia en un Estado democrático** y los **límites de la tolerancia** en la inclusión de los grupos minoritarios.

- Los **procesos migratorios** actuales obedecen mayoritariamente a **motivos económicos**: **poblaciones** desplazadas por motivos de miseria y/o violencia, que además suelen poseer unos **valores extremadamente diferentes** de los de la sociedad de acogida. Y, además, **no** acuden ya a esta sociedad con las **ansias** de **integración** de otros flujos migratorios del pasado.
- Recordamos que la **ciudadanía** se erige en la actualidad como un **elemento discriminador**: los derechos humanos no se identifican ya con los derechos del ciudadano.
- Si el problema es de **confrontación de culturas**, la **extensión de la ciudadanía** a todos los residentes **no garantiza la integración**. No obstante, puede coadyuvar a su consecución.

La **solución** al **problema de la integración** pasa por proporcionar un **marco flexible y adecuado** para la **coexistencia** de **grupos culturalmente diferentes** en una **sociedad democrática**. Sin embargo, los **valores** que inspiren dicha sociedad democrática **no pueden ser cualesquiera**, ya que el mismo marco democrático excluye aquellos valores antidemocráticos, los que se oponen a la libertad o a la igualdad ante la ley.

2. El problema de la integración de las minorías

Para exponer el problema de la **integración de las culturas minoritarias** en el **Estado constitucional y democrático de Derecho**, pasa por hacer una primera referencia al modelo de Estado-nación anterior:

- La **nación** (**espíritu de un pueblo**) fue la primera forma moderna de identidad colectiva en general, que suministraba un substrato cultural a la forma estatal jurídicamente constitucionalizada (el anterior Estado-nación).



  - Hace referencia al **sustrato material** (sentido **cultural**), que suele vincularse a **la diferencia** respecto con otras naciones/culturas: el **nacionalismo**.
- El **Estado** era la forma técnico-organizativa e **impersonal**, vinculado sin más a la ciudadanía (lo común).

El Estado-nacional logró sustituir los antiguos vínculos corporativos por **lazos de solidaridad**. Lo que dio pie a la **exacerbación de la diferencia** (basada en el sustrato material **nación/cultura**) e incluso centrar la identidad en torno a ella, culminando en la **exclusión del otro**:

- Un Estado contra otro.
- Dentro del Estado-nación, la mayoría dominante frente a quienes, en su interior, se definen como una comunidad, independientemente de que aspiren o no a convertirse en un Estado.
- La minoría ya independizada, convertida en nueva mayoría, contra quienes dentro de ella deseen asimilarse a la mayoría anterior.

Pero la **percepción de la identidad** no siempre se formula desde el nacionalismo, sino que cualquier minoría capaz de vindicar una cultura podría acogerse a ella para exacerbar ese sentimiento de exclusión con respecto a la cultura mayoritaria.

Conclusión: la **cultura** es el denominador común en todos los problemas planteados en éste ámbito.

<u>3. El problema general: la inclusión del otro. La tensión entre la tendencia a la igualdad y el reconocimiento de la diversidad</u>

Habermas es el filósofo que mejor ha resumido esta problemática en su obra ***<u>la inclusión del otro</u>***.

El **esquema general** consiste en que una **minoría reclama un reconocimiento específico dentro de un Estado nacional con estructuras democráticas**. Reconocimiento basado en última instancia en **motivos culturales** (conclusión del epígrafe anterior).

Uno de los efectos de la **mundialización** referido a la integración consiste en la **doble tendencia centrífuga/centrípeta**, que configura dos formas opuestas del **discurso sobre la identidad**:

- **Tendencia centrípeta**: tendencia hacia la homogeneización de culturas.
  - Parte de los derechos concebidos de **forma universal**. El discurso sobre los **derechos** ha de ser **general y abstracto** porque persigue la igualdad.
  - **Objetivo**: integración a partir de los derechos así concebidos. Es decir, conseguir una **asimilación de las minorías sobre la base de la ciudadanía**.
  - Postura respaldada por el **liberalismo kantiano** y el **rawlsiano**: la sociedad política y el Estado que la articula no debe considerar lo que debe ser vida buena o virtuosa, sino dejar a los particulares decidir los fines últimos de su vida a través de un sistema de iguales libertades.
    - Las **políticas públicas** deben ser **universales**, tratar a todos por igual.
    - Toda **identidad cultural** resulta **irrelevante** en el plano jurídico-político.
- **Tendencia centrífuga**: tendencia hacia la fragmentación de las identidades y reivindicaciones de la especificidad.
  - Parte del **reconocimiento de la diversidad**.



- Pretender una igualdad real no puede pasar por desconocer las discriminaciones existentes.
- Las políticas públicas deben articularse en torno a esas diferencias previamente reconocidas.

Ambas perspectivas presentan **ventajas** y **limitaciones**:

- **El universalismo de los derechos es irrenunciable como aspiración**, porque:
    - La elevación de las identidades étnicas a un grado equivalente o superior al de la dignidad universal (derechos) equivale a debilitar los fundamentos del liberalismo y abrir las puertas a la intolerancia.
    - La incorporación de los derechos colectivos entraña una sobrecarga de la teoría de los derechos, originando una suerte de protección administrativa de las especies (Habermas).
    - **Limitación**: dicha irrenunciabilidad conlleva el riesgo de la **consolidación de injusticias históricas** y el **olvido de** una **evidencia**: la mayoría de los seres humanos sienten que sus derechos son ejercidos con más eficacia en el seno de contextos culturales fuertes.
- **El reconocimiento de las identidades culturales permite, dentro de ciertos límites, integrar de forma más eficaz a los grupos**, porque:
    - Vincularlos a un proyecto común, del que se sientan parte, evita sentimientos de frustración.
    - **Limitación**: entraña el **riesgo** de que una excesiva promoción de la diferencia consolide sistemas de valores, cada vez más incompatibles con el de la mayoría, y acaben derivando en **guetos culturales**.

4. Modelos de democracia: liberalismo radical, liberalismo moderado y comunitarismo

El **liberalismo radical** se caracteriza por una **visión individualista** de la ciudadanía y de los derechos que la forman.

- Inspiración en el **contractualismo**. También es frecuente la afirmación de que se inspira en el **mercado**.
- La función de la sociedad política y del Estado que la estructura es fa**cilitar el libre desarrollo de los sujetos**.
- **Visión negativa de los derechos**: el **Estado** se obliga a **protegerlos**, no a promoverlos.
- Toda forma de **diferencia** está llamada a la **asimilación**, pues el ejercicio de los derechos no debe matizarse en función de tales diferencias.

El **liberalismo moderado** se caracteriza por una **visión más participativa** de la sociedad.

- Existe un **espacio de lo público**, articulado en torno a un **diálogo procedimental**.
    - En la sociedad política no puede prevalecer concepción alguna de la vida buena, sino que todas las concepciones han de confluir en lo público y participar en ello, dejando a un lado sus divergencias sobre las visiones del mundo.
    - Dicho espacio público no puede ser el mercado.
- El **ciudadano** es **políticamente activo**.
- Da beligerancia a la **diferencia** en términos de **bienes y derechos** (jurídico-económicos), con el objeto de conseguir garantizar unos medios de vida mínimos para los más desfavorecidos.
- No concede beligerancia a elementos identitarios.



El **modelo comunitarista** no rechaza el **ideal de vida buena**.

- El **pueblo no puede ser representado**. Sólo su movilización en un espacio público define la democracia.
- Pretende incluso construir todo el espacio público sobre el **reconocimiento de la diferencia**: la identidad humana es algo que se constituye dialógicamente.
- Se define **lo individual** en términos de la **matriz social**, como en el modelo aristotélico.
- Encierra un gran escepticismo sobre la posibilidad de establecer juicios sobre cualquier cultura, pues resulta imposible situarse en una posición superior a éstas sin universalizar el modo de vida concreto desde el que se realiza tal juicio.

Resulta imposible concebir modelos de liberalismo o comunitarismo totalmente puros.

- Un **liberalismo puro**:
    - Configuraría un mundo lleno de seres autointeresados y hostiles a casi toda práctica cooperativa.
    - Solo existirían los derechos individuales.
- Un **comunitarismo puro**:
    - Configuraría un panorama de meras tribus.
    - Solo existirían los derechos colectivos.

Como conclusión de este último apartado: **la contraposición liberalismo-comunitarismo no debe entenderse en términos reduccionistas**. Así, los siguientes autores han defendido:

- **Walzer**:
    - El liberalismo tiende a **sepultar las tradiciones/culturas** en nombre del universalismo abstracto de los derechos.
    - La pretensión de ver el **mundo carente de lazos sociales es absurda**.
    - Para evitar los aspectos negativos de la disolución de las identidades en el marco de los derechos abstractos y del mercado, requiere periódicamente de cierta **corrección comunitarista**.
    - Tanto liberalismo como comunitarismo pueden adoptar formas igualitarias y formas no igualitarias.
- **Taylor**: impugna la contraposición **liberalismo-comunitarismo**, pues entiende que ambos términos se definen uno a otro, son **complementarios**.

5. Pluriculturalismo y multiculturalismo. El llamado patriotismo constitucional

El **multiculturalismo** supone reconocer la diferencia entre culturas, dejándola como está, en una sociedad multicultural.

- Ambas posturas, **liberalismo y comunitarismo**, concluyen en el afianzamiento de un **modelo excluyente/multiculturalista**, que atrinchera a los primeros en su universalismo desconfiado y a los segundos en su particularismo excluyente:



  - Desde el **punto de vista liberal**: la ceguera a la diferencia suele alertar a las minorías, llevándolas a reforzar los elementos identitarios.
  - Desde el **punto de vista comunitarista**: la exacerbación de los elementos identitarios amenaza el patrimonio común de los derechos.
- Es necesaria la **tolerancia**: pues se es tolerante con aquello que molesta (el modo de ser/cultura excluida).

El **pluriculturalismo** entraña una mejora de los instrumentos de comunicación con el otro:

- **Gadamer** ofrece un punto de equilibrio: la **fusión de horizontes**. Consiste en afrontar las culturas ajenas presuponiendo el valor de su contrate con la nuestra.
  - Mediante la **hermenéutica**, se trata de **dar cuenta**, no ya de la diversidad de los seres, sino de la **variedad de los modos de ser** (**culturas**), que no son reducibles a un modo único.
  - Premisa: aceptar que los otros puedan tener razón.
- La tolerancia deja de ser necesaria, pues ya no se excluyen las otras culturas.
- Permite una **fusión cultural** que no excluya ni el **espacio común de derechos y libertades** que defiende como esencial el **liberalismo**, ni el **reconocimiento de la diferencia** esencial del **comunitarismo**.
- **Reformula** el concepto de **ciudadanía** en el sentido cosmopolita.
- El **reconocimiento del otro** tendrá como único **límite** el sistema de **derechos**, de **valores** y **principios**.
- **Habermas**, partidario de la **concepción dialógica de la sociedad civil**, también se refiere a ese **horizonte interpretativo común** que hace posible el **reconocimiento recíproco** de las pertenencias culturales a partir de la **coexistencia** de las **formas de vida en igualdad de derechos**.
  - La **integración ética** de grupos y subculturas con sus propias identidades colectivas debe encontrarse **desvinculada** del nivel de la **integración política**.
  - Dicha **integración ética** se produce a través del **patriotismo constitucional**: es la **Constitución** la que, a través de derechos y principios, establece el marco valorativo/contenido ético común.
    - Se desactivan los aspectos problemáticos de las concepciones de la vida buena para que no sea susceptible de apropiación por grupo alguno. Ésta pasa a entenderse desde el interior de la comunidad y desde el **marco** que permite la convivencia entre comunidades.
    - La **fusión de horizontes/consenso**, además de ser el **procedimiento** que proporciona el marco necesario, también constituye un **entrelazamiento comprensivo** de modelos de vida buena.



LECCIÓN 17

LOS LLAMADOS DERECHOS HUMANOS DE TERCERA GENERACIÓN

ÍNDICE

1. NATURALEZA Y ORIGEN HISTÓRICO DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LA TERCERA GENERACIÓN

Los **derechos humanos de la tercera generación** aluden a una categoría jurídica y doctrinal que pretende realizar el **principio de solidaridad**. Siendo los de primera generación los derechos civiles y políticos (principio de libertad), y los de segunda generación los derechos económicos, sociales y culturales (principio de igualdad).

Las **circunstancias sobrevenidas** en la actualidad plantean la necesidad de esta tercera generación de derechos:

- **La proliferación y el uso indiscriminado de las nuevas tecnologías**. Se ha producido una reformulación de los derechos ya reconocidos debido al surgimiento de nuevas circunstancias a las que dar respuesta.
- **La crisis de legitimidad democrática del modelo clásico de Estado-nación**.
  - **Vaciado del concepto de democracia representativa** debido a:
    - El proceso de mundialización ha conllevado una pérdida de importancia de la persona como sujeto protagonista en el ámbito internacional.
    - La decreciente influencia de la persona como sujeto político y económico en la conformación de lo social. El ciudadano ha quedado relegado a una posición menos relevante en la toma de decisiones.
    - Los roles de los parlamentos y los ciudadanos han quedado diluidos.
  - Los **derechos humanos de tercera generación** tratan de **recuperar la legitimidad democrática** al afirmar una mayor participación de los sujetos en lo público.
    - **Finalidad**: evitar una mayor degradación en las estructuras socio-políticas por el incontenible avance del capitalismo neoliberal como forma socio-económica, en el actual contexto de mundialización.
- **La crisis de las garantías de los derechos de segunda generación**. La ineficacia y el incumplimiento en la práctica de la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales ha dado lugar a una **progresiva devaluación estos derechos**. Cabe recordar que un derecho existe en la medida en que lo hace sus garantías.
  - Insuficiencia para realizar el principio de igualdad.



- Necesidad de articular otros medios político-jurídicos para realizarlo por vías diferentes a las institucionales clásicas.

Los nuevos **derechos humanos de la tercera generación** se replantean como **derechos de los pueblos**: son los **pueblos** los que actúan como **marco** dentro del cual deben reconsiderarse los derechos de primera y segunda generación. La **sociedad civil** cobra una importancia capital frente a la **persona individual** y el **Estado**, erigiéndose junto a éstos como **sujetos pasivos y activos**, también los **pueblos**, los **grupos sociales** y la **comunidad internacional**.

Es decir, el centro de gravedad de los derechos humanos se ha desplazado desde el ámbito clásico del Estado, al de la sociedad civil internacional.

2. EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD Y LOS DERECHOS HUMANOS DE LA TERCERA GENERACIÓN

Los **derechos humanos de la tercera generación** se sustentan sobre el **principio de solidaridad**, que es una referencia axiológica que permite concebirlos como derechos que cubren bienes e intereses de carácter general y común.

- La solidaridad permite integrar en un **interés común** la diversidad de intereses individuales.
- La solidaridad constituye el **criterio** para la **interrelación** entre las distintas personas y comunidades desde la idea de **dignidad**.
- La **realización práctica** de estos derechos presupone una **identidad global** de preocupaciones y decisiones en el **ámbito internacional**, ya que son formas de protección de **bienes jurídicos** de tipo **universal**.
- Solo es posible habar de **colectividad**, como comunidad de intereses a escala universal, desde la idea de solidaridad.
- **Finalidad**: la búsqueda de la unidad del género humano desde la unidad del mundo en su conjunto.

3. LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS: EL PROBLEMA DE LOS LLAMADOS DERECHOS COLECTIVOS

Los **derechos humanos de la tercera generación** son también denominados **derechos de los pueblos**.

- **Concepto de pueblo**: idea de **comunidad/colectividad/agrupación de personas** más o menos natural o artificial, de carácter más o menos difuso.
- Al afirmarse que los pueblos tienen derechos, debe diferenciarse entre:
    - **Derechos de los pueblos**: son los derechos humanos de la tercera generación, como ya se ha dicho.
        - Su titularidad corresponde a todos los humanos, por el hecho de serlo.
        - Son abstractos y universales.
    - **Derechos colectivos**: constituyen un **tipo específico** de derechos humanos de la tercera generación, es decir, una categoría de los **derechos de los pueblos**.
        - Su titularidad corresponde a determinados y concretos grupos humanos.
        - Resulta posible concretar sus titulares y los afectados por su violación.



- Son **indivisibles**: protegen al grupo y a todos y cada uno de sus miembros individuales.

- Los derechos de los pueblos no se oponen a los derechos individuales (primera y segunda categoría), pues los pueblos están formados por individuos. Así, se entiende que **las tres categorías son complementarias**.
    - No obstante, puede ocurrir que un **derecho colectivo colisione con un derecho individual**. En tal supuesto, la **doctrina** dominante se inclina a favor de **priorizar el derecho individual**, en el sentido de que el derecho colectivo no protege realmente esa práctica conculcadora del derecho individual del sujeto.

4. LOS DERECHOS HUMANOS DE LA TERCERA GENERACIÓN MÁS IMPORTANTES

No hay acuerdo doctrinal sobre una relación y clasificación de los derechos de los pueblos. No obstante, la opinión más extendida es la siguiente:

- **Derecho a la autodeterminación de los pueblos**: todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho, establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.
    - Presenta **dos vertientes** diferenciadas:
        - **Positiva**: implica la posibilidad de libre elección de un proyecto político, económico y social, de acuerdo con los patrones culturales de cada pueblo, en el marco de la cooperación recíproca con los demás pueblos y Estados.
        - **Negativa**: impone un límite que cada pueblo plantea al resto de pueblos y Estados.
    - Este derecho general implica los siguientes más concretos:
        - **Derecho a la autodeterminación política**: derecho a mantener o cambiar libremente su forma de organización política y a elegir a sus gobernantes, y a establecer las condiciones y el procedimiento al efecto.
        - **Derecho a la autodeterminación económica**: derecho a mantener o cambiar su forma de organización económica, a establecer las relaciones de este tipo que decida, a disponer de sus recursos…
        - **Derecho a la autodeterminación social y cultural**: derecho a conservar y desarrollar su identidad cultural en todas sus dimensiones.
    - Los **límites al ejercicio** de este derecho vienen determinados por razones:
        - **Políticas**: en razón de la prudencia de sus gobernantes y los miembros del pueblo.
        - **Económicas**: las obligaciones derivadas de la cooperación económica internacional.
        - **Socioculturales**: los patrones culturales de cada pueblo y el respeto a los de los demás pueblos.
    - Las **garantías institucionales**:
        - En el **aspecto normativo**: el reconocimiento que realizan los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos, y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
        - En el **aspecto jurisdiccional**: algunos pronunciamientos del Tribunal Internacional de Justicia.
- **Derecho al desarrollo**: el derecho a un desarrollo económico que les permita buscar una mayor **igualdad en la distribución** de los bienes fundamentales, en apelación a la **dignidad**.



- Se encuentra **expresado**:
  - **Implícitamente**, por la vía del **derecho a la igualdad**.
  - **Explícitamente**, a través de **instrumentos normativos** como la *Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales* o la *Declaración de las Naciones Unidas sobre el Derecho al Desarrollo*.
- Es un derecho íntimamente ligado al derecho de autodeterminación de los pueblos.
  - Derecho de todos los pueblos y sus miembros a participar en el **proceso de desarrollo** y a conseguir una parte justa de los beneficios derivados de éste.
  - Desarrollo en sentido amplio: **desarrollo integral**.

- **Derecho al medio ambiente saludable**: el modelo productivista criticado en temas anteriores ha ocasionado un deterioro del medio ambiente sin precedentes, ante el cual, surge la necesidad de tomar medidas para paliar tal situación. Así, este derecho se configura como un **instrumento de protección** del medio ambiente.
  - **Pretende** garantizar la **conservación** de las **condiciones naturales necesarias** para asegurar la existencia de la **vida humana** en el planeta.
  - Representa la **matriz de los derechos ecológicos**.
  - **Afecta a todos los hombres** por encima de su condición de nacional, **imponiéndose** a todos los sujetos el **respeto** al **medio ambiente natural** y al **medio ambiente acotado por el hombre para su desarrollo propio**.
- **Derecho a la paz**: tras la II Guerra Mundial, se reconoció la paz como un valor social fundamental, base de toda vida y desarrollo democrático, hasta configurarse en la actualidad como un **derecho humano**.
  - **Pretende** la **concreción** de los **valores** de la **paz** y **solidaridad** en las relaciones humanas, mediante la articulación de un sistema social que garantice la **resolución de los conflictos** a través de **formas de acción social no violentas**.
  - Impone la **eliminación** de todo **conflicto bélico** y el fomento del **desarrollo**, la **igualdad** y la **solidaridad**.
  - **Afecta a todos los hombres y sujetos** colectivos, privados y públicos.



LECCIÓN 18

DERECHO Y ÉTICA

ÍNDICE

1. LAS RELACIONES ENTRE LA ÉTICA Y LA MORAL

El tratamiento tradicional de las cuestiones éticas y morales se ha visto desbordado por las nuevas tecnologías.

Aunque ambos términos se utilicen coloquialmente como equivalentes por hacer referencia a los modos de comportamiento y a las costumbres, cada uno lo hace de una forma particular. No son sinónimos.

- La **ética**: constituye el metalenguaje de la moral. En el sentido positivista, la ética es la filosofía de la moral.
- La **moral**: ámbito del comportamiento humano referido a las costumbres.

No obstante, la **distinción** en la que nos vamos a centrar es la existente entre lo **teórico** y lo **práctico**.

- **Discursos teóricos o científicos**: se limitan a comprobar o a verificar una realidad que está perfectamente dada.
- **Discursos prácticos**: tanto la **ética** como la **moral** son discursos prácticos.
    - Se refieren al comportamiento humano y consisten propiamente en actividades.
    - Conducen a la realización de una acción que produce cambios en el mundo.

La **distinción** del filósofo **Paul Ricoeur**:

- **Ética**: se refiere a la aspiración de una vida cumplida bajo el signo de acciones consideradas desde la **perspectiva de lo bueno**.
    - Es **teleológica**. Se mantiene en el ámbito de la **filosofía aristotélica**.
- **Moral**: se refiere al campo marcado por las **normas**, las **obligaciones**, las **prohibiciones**, caracterizadas a su vez por una **exigencia de universalidad** y por un **efecto de coerción**: consideradas desde la **perspectiva de lo obligatorio**.
    - Es **deontológica**. Se mantiene en el ámbito de la **filosofía kantiana**.

2. LAS RELACIONES ENTRE LA ÉTICA Y EL DERECHO

Desde el **punto de vista ético**, la **ética** se arraiga en el deseo de todo sujeto de una **vida buena/vida feliz**.



- Una **vida ética** es aquella que está regida por un **fin natural**: el **bien**.
- Pero, al tratarse de un fin demasiado **vago** y **genérico**, el **sujeto** debe ir seleccionando, a través de sus actividades y libre albedrío, el **bien real** que mejor le convenga a su naturaleza (**concreción del fin**).
  - Actividades que pueden ser personales, interpersonales e institucionales.
  - **Concreción del fin**: a través de tales actividades se le da materialidad a la exigencia/fin natural de vida buena.

Desde el sentido anterior, la **relación** entre **ética** y **derecho** resulta como sigue:

- Si la **justicia** es la disposición o adquisición de aquella **práctica** cuyo **fin particular** es **lo justo**/**lo jurídico**.
- Si ese **fin particular** está orientado, a su vez, por el **deseo general** de una **vida buena**/**vida feliz**, al que da concreción en el ámbito institucional.
- Puede **concluirse** que: la **justicia** es una virtud. La **virtud por excelencia**.
  - La justicia es la **realización** de la **vida buena** en el **ámbito institucional**.
  - El **bien de la justicia** es un fin o **realidad particular a realizar**, que está más allá del sujeto y, por lo tanto, no es susceptible de reducirse a un simple catálogo de derechos y deberes. Cosa que sí hace la moral.

3. LAS RELACIONES ENTRE LA MORAL Y EL DERECHO

El **discurso moral** trata sobre los **deberes**. Más que del fin de los actos, se ocupa de la **forma** en la que se **expresan los deberes** a los que debe ajustarse el sujeto.

- Se expresa bajo la forma de una **normatividad abstracta y *a priori*** (independiente de la experiencia concreta). La representación perfecta es el **imperativo categórico** de Kant.
- Establece un **procedimiento** para que la **conducta** del sujeto, sometida a esa ley universal, sea **universalmente correcta**.
- Según Kant, la **obligatoriedad del derecho**, aunque no quepa inscribirla en la moral por ser un ámbito diferente, nace de la **necesidad** de cohonestar a los sujetos morales bajo **reglas jurídicas** que permitan su **coexistencia**.

En este punto, es cuando aparecen las **distinciones** entre el **ámbito moral** y el **ámbito jurídico**:

- **Ámbito moral**:
  - La moral implica un **proceso de interiorización** de la norma, en aras de un verdadero respeto, una **plena aceptación libre** de la misma.
  - Adopta la forma de un **respeto mutuo** expresado en la **segunda formulación** del **imperativo categórico kantiano**, que ordena tratar a la humanidad, tanto en nuestra persona como en la de cualquier otro, siempre como un fin y nunca como un medio.
- **Ámbito jurídico**:
  - El **derecho** solo funda una **obediencia exterior**, entendida como simple conformidad con la ley.



- Asume el **principio de orden positivo empírico**: el ordenamiento jurídico y los tribunales de justicia para regular la pluralidad humana.

4. NUEVAMENTE SOBRE LA ONTOLOGÍA JURÍDICA (conclusión del temario)

La **ontología jurídica**, al partir de lo común entre moral y derecho, **se fundamenta** en los diversos **sentidos** que reviste el término **ser jurídico**, todos ellos son **derecho**, cada uno desde una perspectiva epistemológica distinta. Es decir, los **diversos sentidos del derecho dentro de la unidad compleja de éste**:

- **Sentido ético o teleológico del derecho**: el **derecho/lo jurídico** es el **objeto** de una **virtud** más (la **justicia**), cuya función es la adecuada transacción de bienes particulares, la correcta distribución de bienes públicos; tendentes ambas a **asegurar** la armonía y la paz social que conforman la **vida buena**.
  - Doctrina del **iusnaturalismo aristotélico** y de algunos **comunitaristas** contemporáneos.
- **Sentido moral o deontológico del derecho**: el derecho es un **catálogo de deberes y obligaciones** en el cual ha de subsumirse nuestro **comportamiento individual** y el del legislador político, en aras de la **rectitud de su conducta**.
  - Doctrina del **iusnaturalismo clásico**.
- **Sentido normativo del derecho**: refleja el sentido **deontológico** del derecho bajo la expresión de **norma jurídica**. Dicha norma, creada conforme a un **procedimiento válido**, es la única normatividad relevante a efectos jurídicos.
  - Doctrina del **positivismo normativo**.
- **Sentido fáctico del derecho**: refleja el sentido **teleológico** del derecho. La **normatividad social**, el hecho de que una sociedad haya optado por ciertos modos de relación, constituye, lo único relevante a efectos jurídicos:
  - Doctrina del **positivismo sociológico** y ciertas formas de **comunitarismo**.

La lógica **hermenéutica** nos ha permitido abordar el **problema de la ontología jurídica** a través del instrumento lógico de la **analogía**:

- **Comprender** el **aspecto ontológico** y el **epistemológico** de lo jurídico como un todo inescindible. Un **todo jurídico irreductible** a sus solas partes, que **se manifiesta** en cada acto de **interpretación** (actualización de una norma jurídica en un hecho social conforme a un valor ético-moral).
- Establecer la **categoría de los principios** como intermedia entre la postura iusnaturalista clásica y la positivista normativa. Así, los principios son la **abstracción de los valores** con los que analizamos las relaciones jurídicas, **concretados en derechos** y **expresados en normas**.
  - Pasan a formar parte del ordenamiento jurídico, sin reducirse a la sola ley.

La **recuperación de un criterio material de lo justo** nos hizo entender que una **concepción plena de lo jurídico** debía considerar, junto con el **aspecto procedimental**, un **aspecto material** de invocación a la vida buena.

Tras revisar todo el temario, la **contraposición** entre **finalismo** y **deontologismo** engarza plenamente en el conjunto del texto:

- Los **comunitaristas** se mueven en el ámbito de lo **teleológico** y de la **eticidad concreta**.
- Los **liberales** en el de lo **deontológico** y en el de la **moralidad abstracta**.



Conclusión final: lo jurídico se dice de muchas maneras, sin dejar de ser cada una de ellas totalmente derecho, cada una de ellas en su orden epistemológico propio.



BIBLIOGRAFÍA

- *Filosofía del Derecho.* Mercedes Gómez Adanero, Juan Antonio Gómez García, José Carlos Muinelo Cobo y José Luis Muñoz de Baena Simón. ISBN: 9788436266924.

